

**EL DESEQUILIBRIO PROCESAL Y PROBATORIO DEL “OPOSITOR VÍCTIMA O
SUJETO VULNERABLE” EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS**

FEDERICA DEL LLANO TORO

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogada

Director:

SERGIO ROLDÁN ZULUAGA

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
JURISPRUDENCIA
BOGOTÁ, 2015**

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	4
SUMMARY	6
INTRODUCCIÓN	7
1. REFLEXIONES SOBRE LA NOCIÓN DE EQUILIBRIO E IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES EN LOS PROCESOS ORDINARIOS Y EN LOS PROCESOS QUE INVOLUCRAN LA JUSTICIA TRANSICIONAL	9
1.1 Noción de equilibrio e igualdad procesal de las partes en los procesos ordinarios	9
1.2 Noción de equilibrio e igualdad procesal de las partes en los procesos que involucran justicia transicional	15
2. EXPOSICIÓN DE CUATRO CASOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DEL AÑO 2014, DONDE SE PRESENTAN OPOSITORES VÍCTIMAS O SUJETOS VULNERABLES, DE ESPECIAL PROTECCIÓN AL PROCESO Y EL TRATAMIENTO QUE LES DA EL JUEZ BAJO LA NORMATIVIDAD ACTUAL QUE RIGE LA MATERIA (LEY 1448 DE 2011).....	28
3. ESTUDIO Y PROBLEMATIZACIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS JUECES A LOS CUATRO CASOS PROPUESTOS, BAJO LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL DERECHO CIVIL, PROCESAL Y PROBATORIO	34
3.1 Opositor víctima o sujeto vulnerable, de especial protección.....	34
3.2 Buena fe	36
3.3 Presunciones	55
3.4 Enriquecimiento sin causa	66
3.5 Conclusiones	73
4. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULADO DE LA LEY 1448 DE 2011, CON EL PROPÓSITO DE CREAR UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LOS	

CASOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DONDE HAYA ENFRENTAMIENTO ENTRE RECLAMANTE VÍCTIMA Y OPOSITOR VÍCTIMA O SUJETO VULNERABLE, DE ESPECIAL PROTECCIÓN.....	79
4.1 Buena fe	79
4.2 Presunciones	80
REFERENCIAS.....	81

LISTA DE FIGURAS

Pág.

Figura 1. El proceso visto como triángulo equilátero.	11
Figura 2. El proceso visto como triángulo a la luz de la Ley 1448 de 2011	24

RESUMEN

El presente trabajo se enmarca en la Ley de Víctimas, Ley 1448 del año 2011, y aborda específicamente los casos en que se presenta oposición de una víctima o bien de un sujeto vulnerable, de especial protección, frente a la reclamación de restitución de un predio por una víctima. No aborda la generalidad de los casos de oposición. Habiendo delimitado el objeto de estudio que atañe, es necesario señalar que el presente trabajo, se centra en indagar la posición procesal y las capacidades probatorias del opositor víctima o sujeto vulnerable en este tipo de procesos y bajo las circunstancias ya enunciadas, para entrar a estudiar si, a este sujeto procesal se le respeta o se le viola su derecho a la igualdad de parte dentro del proceso de restitución de tierras y qué alternativas pueden establecerse para hacer del acto de oponerse un acto más garantista.

Para lograr el cometido de estudio propuesto, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos, los cuales abordan los siguientes temas: 1. Reflexiones sobre la noción de equilibrio e igualdad procesal de las partes en los procesos ordinarios y en los procesos de justicia transicional. 2. Exposición de cuatro casos de restitución de tierras del año 2014, donde se presentan opositores víctimas o sujetos vulnerables, de especial protección al proceso y el tratamiento que les da el juez bajo la normatividad actual que rige la materia (Ley 1448 de 2011). 3. Estudio y problematización del tratamiento de los jueces a los cuatro casos propuestos, bajo los principios tradicionales del derecho civil, procesal y probatorio. 4. Propuesta de reforma al articulado de la Ley 1448 de 2011, con el propósito de crear un régimen especial para los casos de restitución de tierras donde haya enfrentamiento entre reclamante víctima y opositor víctima o sujeto vulnerable, de especial protección.

Palabras clave: restitución de tierras, desequilibrio procesal y probatorio, opositor víctima, sujeto vulnerable.

SUMMARY

This work is been prepared under the provisions of Victims Act, Law 1448, 2011, and specifically addresses the cases in which arises opposition by a victim, or by a vulnerable subject, considered of special protection, against the claim for restitution of the property by the victim. It does not address the generality of the cases of opposition. Having defined the purpose of the study that concerns, it is necessary to note that this work is focused on investigating the procedural and evidentiary position capabilities of the opposing victim, or vulnerable subject in this type of process, under the aforementioned circumstances, to analyze if the right of this procedural subject to equality is either observed, or violated by the process of land restitution, and which are the alternatives that can be set forth to make the opposing action an instrument to provide a guaranty.

In order to achieve the purpose of this proposed study, this work is divided into four chapters, which address the following topics: 1. Reflections on the notion of balance and procedural equality of the parties, in ordinary processes, and in transitional justice processes. 2. Description of Four Cases of Land Restitution in 2014, where there are opposing victims or vulnerable subjects, of special protection to the process, and the approach given by the Judge under the current regulations governing this matter (Law 1448, 2011). 3. Review and questioning of the approach given by the Judges to the four cases exposed under the traditional principles of civil, procedural and evidentiary Law. 4. Proposed amendment to the Articles of Law 1448, 2011, with the purpose to create a special regime for land restitution cases where there is confrontation between the opposing claimant and opposing victim, or vulnerable subject of special protection.

Keywords: Land restitution; procedural and evidentiary imbalance; opposing victim, vulnerable subject.

INTRODUCCIÓN

La Ley 1448 de 2011 parte de la base que el opositor siempre es la parte fuerte de la relación jurídica respecto del predio en disputa; pareciera que esta ley supone que el opositor es un terrateniente, paramilitar, un guerrillero, un testaferro, una sociedad cuyo objeto es la compra de predios rurales, un palmicultor, entre otros y por ende, propicia la interpretación de un régimen probatorio tendiente a facilitarle a la víctima reclamante la recuperación del predio en disputa. Sin embargo, ello no siempre es así, en la mayoría de los casos el opositor, es un opositor vulnerable, es una víctima, un campesino, un vecino, un desplazado de un predio que termina ocupando, poseyendo e incluso comprando otro predio, que ahora se disputa.

Como la Ley 1448 de 2011, supone que el opositor es la parte fuerte de la relación jurídico procesal, no contempló la posibilidad, de un tratamiento diferenciado en caso de presentarse otro tipo de opositores. En la actualidad el régimen impuesto al opositor que es víctima o sujeto vulnerable de especial protección por la Ley 1448 de 2011, no es diferente del tratamiento que reciben los opositores terratenientes y empresarios, o actores armados que colaboran con la justicia transicional como paramilitares en vía de reintegración, testaferros, o sociedades que concentraron predios baldíos o posesiones durante los hechos de violencia. La Ley no hace ninguna distinción entre opositores.

El punto de partida de la Ley 1448 de 2011 es bien intencionado, en la medida que busca contribuirle de la manera más efectiva a la víctima para que pueda recuperar su predio, sin embargo, implica un riesgo muy grande de menoscabar el derecho de defensa del opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, en la medida que este último debe soportar una sobrecarga probatoria: desvirtuar presunciones, soportar la inversión de la carga de la prueba, probar su buena fe exenta de culpa, entre otras. Y resulta que el opositor, como se dijo anteriormente, es un campesino que muchas veces está en una situación igual de vulnerable o incluso más vulnerable que la víctima misma, y aun así está en desventaja probatoria respecto a la víctima en el proceso y sin el apoyo de un ente del Estado, como lo es la Unidad de Restitución de Tierras.

El trato desigual en materia probatoria en los procesos de restitución de tierras entre víctimas solicitantes y opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección genera desequilibrio procesal e injusticia material. Injusticia material porque se crean nuevos conflictos, se crean nuevas víctimas y no se cumplen los objetivos de la justicia transicional entre ellos la reconciliación. En términos más simples, sin un régimen apropiado de pruebas tanto para la víctima solicitante como para el opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección no se cumplen los objetivos de la política pública de restitución de tierras esbozados en la Ley 1448 de 2011, uno de los principales, la reconciliación entre los colombianos.

Es necesario, entonces, proponer fórmulas de reforma al régimen probatorio en los casos de presencia de opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección en los procesos de restitución de tierras, regulados por la Ley 1448 de 2011, para dotarlos de garantías procesales.

1. REFLEXIONES SOBRE LA NOCIÓN DE EQUILIBRIO E IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES EN LOS PROCESOS ORDINARIOS Y EN LOS PROCESOS QUE INVOLUCRAN LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1.1 Noción de equilibrio e igualdad procesal de las partes en los procesos ordinarios

El derecho procesal se encuentra con dos vertientes o escuelas enfrentadas entre sí que promulgan de manera completamente opuesta una noción de igualdad procesal: los activistas o publicistas y los garantistas. Los primeros comulgan con la prioridad de los intereses del Estado sobre los del individuo, mientras los segundos, priorizan los derechos e intereses del individuo. Hay quienes toman una posición neutral entre ambos enunciados como: Joan Pico i Junoy y Hernando Devis Echandía, al afirmar que el juez si debe intervenir en el proceso activamente, pero que dicha intervención debe observar unos límites (Junoy, 2006).

El activismo procesal señala que el fin máximo y último del proceso es la búsqueda y consecución de la verdad material. El ordenamiento jurídico le señala al juez un norte: el valor superior de la justicia. La justicia entendida en términos de dar a cada quien lo que en derecho corresponda conforme al esclarecimiento de unos hechos, pero no bajo una verdad meramente formal, sino bajo una verdad material. Para lograr el valor superior de la justicia es el juez quien debe velar por la efectividad de la tutela de los intereses discutidos en el proceso, entre ellos, la igualdad de las partes (Junoy, 2006).

Esta vertiente, entiende, que el eje de la igualdad de las partes gira en torno al juez. El juez debe ser una figura activa dentro del proceso, el director del proceso, no un mero espectador. El juez debe concederle la razón en el litigio a quien según el derecho sustancial la tenga, no al más hábil o astuto, de ahí que, el juez debe intervenir en el proceso para que su decisión se adecue a la verdad material. Intervenir, no sólo mediante la conducción e impulso formal del proceso, sino mediante mecanismos como: el decreto oficioso de pruebas, el impulso de oficio, la distribución de la carga de la prueba bajo principios de solidaridad (carga dinámica de la prueba), entre otros (Balanta, 2013).

Aquí se parte del reconocimiento de varias hipótesis, que el juez debe entrar a equilibrar, por un lado, las desigualdades reales de los contrincantes en el proceso, por ejemplo, uno puede ser un exitoso empresario y otro un ex empleado, quien ganaba un salario mínimo y ahora está desempleado. Lo que indica que una parte pueda tener más posibilidades de contratar una excelente defensa técnica, mientras que la otra, debe invocar el amparo de pobreza para recibir asistencia de la Defensoría del Pueblo. Así mismo, el juez puede encontrarse, con deficiencias probatorias, ya no generadas por la desigualdad material de las partes, sino porque en el transcurso del proceso, hubo hechos que no se pudieron probar satisfactoriamente a pesar del esfuerzo de ambas partes. Ante la duda y la necesidad del juez de tener claridad sobre todos los hechos, para poder tomar una decisión acertada, decreta pruebas de oficio. Por último, puede suceder, que al juez le quede aún una sospecha sobre el establecimiento de la verdad con los resultados de las pruebas practicadas dentro del proceso.

Dicen los que apoyan esta posición que, “es el juez el cultor de la simetría y el equilibrio procesal, porque ya no se concibe como un juez que cumple tareas para el Estado, sino que estamos frente a un juez conectado con el ciudadano y la garantía de sus derechos” (Balanta, 2013, p. 120).

En contraposición, se encuentra el garantismo, que no parte ya de la órbita del juez, sino que toma como punto de partida y eje central al individuo. Esta vertiente señala que todo sistema ya sea jurídico, político, social o económico que privilegie al ser humano, debe contar con un mínimo de derechos inherentes a la persona tendientes a salvaguardar la dignidad humana a través de unas garantías básicas (Calvinho, 2010). Dichas garantías son: el proceso y la defensa, bajo un esquema de igualdad, imparcialidad y contradicción.

La actividad del juez debe estar enfocada en la actividad de fallar, no debe exceder las facultades que la ley le otorga. El protagonismo en el proceso no puede radicar en el juez, sino en las partes, pues son ellas las que entablan el debate e impulsan su resolución. Si el juez contase con facultades semejantes a las de las partes y asumiera un rol demasiado activo en el proceso, ello conllevaría a que se violen los principios de igualdad de las partes e imparcialidad, en la medida que, el juez de una u otra forma, se involucraría de tal manera en el proceso que

terminaría tomando partido por una de las partes, o llenando huecos procesales, que de no haberse llenado, hubiesen tenido una consecuencia negativa para una de las partes y favorable para la parte contraria (Calvinho, 2010). Para los exponentes del garantismo la igualdad de las partes no se mide en términos de igualdad material, pues al entrar las partes a un proceso, ellas se encuentran con una estructura triangular que les garantiza una igualdad formal, donde las partes están en la misma posición, (la base del triángulo, cada una en una esquina inferior equidistante entre ellas mismas y entre el punto más alto) frente a un juez o autoridad (que se encuentra en la parte superior del triángulo). Durante el proceso, las partes cuentan con igualdad de herramientas para la defensa de sus intereses, ambas tienen una oportunidad para solicitar pruebas, a ambas se les dará a conocer las actuaciones del juez y de la contraparte, ambas podrán interponer recursos y contarán con términos semejantes para hacerlo, ambas tendrán derecho a la contradicción de la prueba, entre otros. Así pues las garantías que cubren el proceso, aplican para cada una de las partes bajo las mismas condiciones. El juez no puede preferir a una parte sobre otra, ni darle un tratamiento preferencial, pues ello rompería el equilibrio. De ahí que el juez no pueda quebrantar el margen y la cercanía entre él y una de las partes o ambas partes, manteniéndose siempre en un punto equidistante y central.

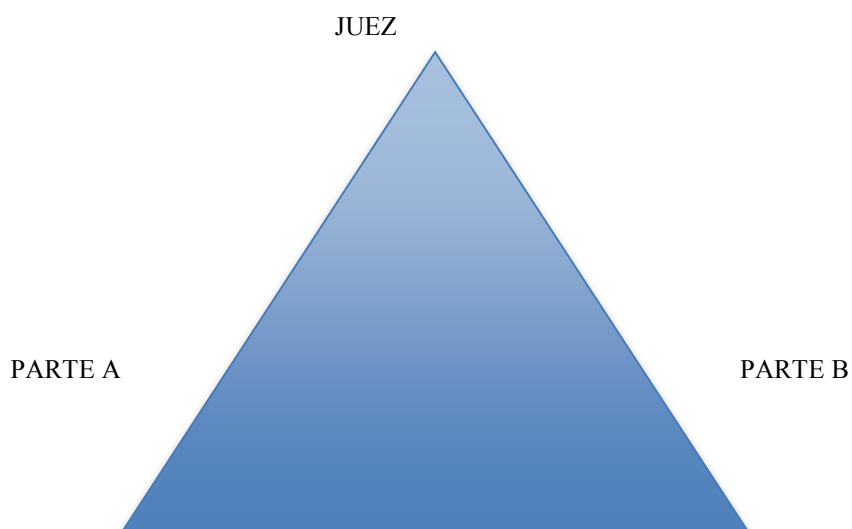


Figura 1. El proceso visto como triángulo equilátero.

En palabras de Calvino (2010), la igualdad jurídica:

Constituye nada menos que un principio angular en el proceso que posibilita un debate sin preferencias ni privilegios que beneficien a una de las partes en detrimento de su oponente. Porque así como la persona humana es igual no por su ser, sino por su naturaleza, en el proceso el rico y el pobre, el grande y el pequeño, la mayoría y la minoría, el bueno y el malo, el fuerte y el débil, tienen idénticas oportunidades de actuar, defenderse y ser oídos. Igualdad que se conjuga con la imparcialidad del juzgador (p. 71).

Para solucionar los desequilibrios procesales, que pudiesen darse en virtud de la trascendencia de la desigualdad material al plano del proceso y su igualdad formal, los garantistas proponen que el Estado permita en su favor la intervención de figuras como la del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Personería del Pueblo, entre otras, para que coadyuven a la defensa de la parte vulnerable, bajo el respeto y observancia de las reglas procesales (Hernández, 2013).

La discusión entre activistas y garantistas, la han asemejado ellos mismos a las diferencias entre los procesos de tipo inquisitivo y los de tipo acusatorio. Los primeros, le dan amplias facultades al juez para concentrar en su persona los poderes de: acusar, juzgar y probar, creando una estructura del proceso donde en nombre de la verdad se sacrifican garantías del individuo, en especial del acusado. El proceso acusatorio por su parte, concibe una figura triangular, donde se separan las actividades del juez (juzgar), del fiscal (acusar) y la defensa, bajo un mínimo de garantías, pero sacrificando la verdad material, porque en muchos casos el respeto a las garantías del acusado trae como consecuencia que la verdad no quede del todo clara o no se ahonde en ella o incluso ni siquiera se acoja.

A modo de ejemplo, se expone el caso de la Sentencia 33529, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 19 de mayo de 2010, donde por salvaguardar las garantías procesales de una de las acusadas, en particular el principio de *non reformatio in pejus*, se sacrifica la verdad material del proceso.

A tres sujetos se les impuso condena por el delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, y a una cuarta persona se le declaró la preclusión de la investigación. Los condenados interpusieron recurso de apelación y el Tribunal, en segunda instancia, en su análisis del caso decidió levantar la preclusión contra una de las personas investigadas y condenarla al

delito de concierto para delinquir con fines de narcotráfico, argumentando que la tarea del juez es encontrar la justicia material en el marco de un Estado Social de Derecho y que contrario a la conclusión que se llegó en primera instancia, la investigada, si había participado activamente en la actividad delictiva, con base en registros de llamadas de la organización criminal.

Esta decisión fue atacada con el recurso de casación por violar la garantía y el principio de *non reformatio in pejus*, en la medida que el juez no sólo no puede desmejorar la situación de quien apela siendo apelante único, así encuentre nueva evidencia, sino que adicional a ello, el juez falló por encima de lo pedido en desmedro de una persona que ni siquiera apeló y a la cual le habían precluido la investigación. La Corte de casación decidió proteger el principio y derecho a la *non reformatio in pejus* sobre la verdad material, que mostraba que la persona verdaderamente había sido participe de una organización criminal con fines de narcotráfico.

Al respecto, otros autores matizan ese enfoque para extraer de cada escuela lo mejor de ella y así construir un modelo mixto.

Entre ellos Joan Pico i Junoy (2006), quien critica al garantismo radical porque puede caer en ineficacia del proceso y al activismo porque puede pecar por eficacia extrema violando las garantías básicas que debe conservar el juez en su actividad, la imparcialidad, y de las partes, su defensa. Así pues, este autor manifiesta que, proponer que los jueces se limiten a aplicar la ley a unos determinados hechos, privándolos de iniciativa, conlleva a una afectación a la efectividad de la tutela judicial y a la búsqueda de la verdad. Este criterio se refuerza por la cláusula de Estado Social de Derecho que exige de las autoridades la búsqueda de una igualdad material entendida como la equidad que la autoridad debe brindar a la parte más débil de la controversia.

Pero por otro lado, el juez, si bien debe tener iniciativa, no puede con su iniciativa menoscabar las garantías que la ley le impone a él y a las partes. De ahí, que el equilibrio procesal no se mida en términos de intervención o no del juez y absoluta de las partes, sino en una intervención del juez moderada, que encuentre unos límites en el respeto a las garantías de los sujetos procesales (Junoy, 2006).

El profesor Hernando Devis Echandía (1962).comprende la igualdad de las partes desde dos aspectos. El primero de ellos, como igualdad de las partes ante la ley, lo que implica que en el proceso las partes deben gozar de igualdad de oportunidades para su defensa. El segundo aspecto, entiende que no se aceptan los procedimientos privilegiados, en consideración de la raza, la religión, el sexo, la posición socioeconómica, entre otros.

Así mismo, el principio de igualdad comprende dos requisitos, por un lado, el respeto al principio de contradicción o confrontación, en la medida que no habrá igualdad, sino hay un debate en donde sólo sea escuchada una versión, sino que deben oírse ambas versiones la del accionante y el demandado, a fin que del trabajo dialéctico surja la certeza y la verdad, pues como cada parte busca su propio interés, no puede tenerse por objetiva una única versión; habrá que tener puntos de vista encontrados y comparar (Devis, 1962). Y por otro lado, la observancia del principio de imparcialidad.

Por último respecto, al tema de la igualdad Hernando Devis Echandía, sostiene lo siguiente:

Nuevamente sobre la igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso, es importante en procura de la igualdad material dentro del proceso, otorgar a los pobres o débiles una oportunidad para una buena defensa, a través de abogados que los representen gratuitamente e imponiendo al juez las facultades que el Código le concede, como por ejemplo, el decreto oficioso de pruebas (2012, p. 33).

Como puede verse, la igualdad o equilibrio procesal, para unos depende del juez y para otros está en el respeto a las garantías que el proceso ofrece a las partes. Los que apoyan el equilibrio procesal desde el juez, parten de la base, que el juez debe intervenir en procura de la verdad material para que se haga justicia, su intervención de una u otra forma terminará favoreciendo a alguna de las partes así el juez no sepa cuál de las partes favorecerá. Por su parte, los que apoyan el equilibrio desde las garantías a los individuos, parten de la idea que el proceso ofrece una igualdad formal, que nadie ni el juez puede romper, y depende de las estrategias y el manejo que las partes le den a las técnicas procesales y al conocimiento de la ley sustancial, su victoria o su fracaso en el proceso.

Ambas vertientes tanto los activistas como los garantistas, terminan aceptando unos de una forma más tajante que los otros, que las condiciones reales de los sujetos traspasan el plano procesal y por más igualdad que el proceso pretenda garantizar, no siempre se llegará a ella, pues no es lo mismo una madre soltera cabeza de familia y de escasos recursos que se enfrenta a una empresa privada, que un pleito entre empresas privadas que puedan costear cada una abogados ampliamente calificados para su defensa. Lo anterior, no demerita la loable misión que han emprendido las legislaciones procesales por asegurar un mínimo de derechos y garantías iguales para ambas partes en los litigios, sin embargo, las fórmulas que se diseñan no terminan siendo suficientes para zanjar esas diferencias.

Ambas vertientes, una de manera más radical que la otra, reconocen un mínimo de garantías en el proceso. Hay unas reglas de juego que deben ser respetadas y no son reglas cualesquiera, son reglas que están diseñadas para asegurar procedimientos en donde ambas partes tengan las mismas oportunidades de defensa y ninguna esté en posición de ventaja sobre la otra.

Por último, quienes asumen una posición intermedia, neutral, sin ir a los extremos, señalan que el equilibrio procesal no se mide en términos de intervención o no del juez y absoluta de las partes, sino en una intervención del juez moderada, que encuentre unos límites en el respeto a las garantías de los sujetos procesales, y a la finalidad de la justicia.

1.2 Noción de equilibrio e igualdad procesal de las partes en los procesos que involucran justicia transicional

Después de revisar el significado de igualdad en los procesos ordinarios, es necesario analizar si dichas afirmaciones son válidas en los procesos que involucran justicia transicional y posicionan políticas públicas de gobierno que buscan responder a fenómenos de violencia masiva donde el Código Civil no fue el instrumento preferente de regulación, y poder mediante este mecanismo excepcional, consolidar una paz estable y duradera.

La Ley 1448 de 2011, objeto de estudio en este trabajo, como bien lo señala el artículo 1 de la misma, tiene como fin posibilitarle a las víctimas el goce efectivo de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantías de no repetición, dentro de un marco de justicia transicional que da respuesta a fenómenos de violaciones masivas de los derechos humanos en el marco del conflicto armado interno; lo anterior, a través de la implementación de un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas en pro de las víctimas del conflicto armado. Así mismo la Ley regula lo relacionado con la ayuda humanitaria, la atención y asistencia y sobre todo, la reparación, para que las víctimas puedan restablecer su dignidad y en la medida de lo posible recuperar su proyecto de vida.

En su artículo 8, la Ley 1448 de 2011 expresa:

Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

Así pues la justicia transicional, se ha definido internacionalmente, como el conjunto de prácticas provenientes de los procesos políticos, por medio de los cuales las sociedades buscan saldar cuentas con un pasado plasmado de atrocidad e impunidad, haciendo justicia a las víctimas de dictaduras o guerras civiles, con el fin de avanzar o retornar a la normalidad democrática (Valencia, 2008).

La justicia transicional en Colombia, es *sui generis* si se compara con los procesos de justicia transicional a escala internacional, puesto que normalmente se ha aplicado al paso y cambio de un régimen autoritario o de conflicto armado interno, como es el caso de Colombia, a una democracia. Este mecanismo ha entrado a operar con posteridad a la terminación de un conflicto armado o de un régimen autoritario. En Colombia, no sucede lo mismo, puesto que el conflicto armado persiste, aún se siguen cometiendo -como en el pasado-, crímenes y abusos atroces, y los

actores y victimarios aún siguen activos, y en muchos casos en total impunidad. La justicia transicional, entonces, no se implementa a la finalización o terminación del conflicto, sino durante el conflicto, de ahí que uno de sus objetivos en el caso colombiano sea su contribución al logro y mantenimiento de la paz, ello mediante la satisfacción de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral de las víctimas.

En estas circunstancias, la justicia transicional se debate en encontrar un equilibrio razonable entre la justicia y la paz, entre el deber de castigar los crímenes cometidos y honrar y dignificar a sus víctimas y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios. La justicia transicional es la única alternativa que tienen los Estados modernos para superar la crisis humanitaria que enfrentan y así restablecer la gobernabilidad democrática. Y este objetivo se cumple, cuando a las víctimas se les han garantizado dos de los tres elementos constitutivos de sus derechos: verdad y castigo, verdad y reparación o castigo y reparación (Valencia, 2008).

La Ley 1448 de 2011, es una Ley de reparación integral, que implementa medidas de: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica.

En síntesis, la Ley 1448 de 2011, acoge una política pública de Estado de trascendental importancia en la medida, que busca por primera vez en Colombia, brindarles a las víctimas del conflicto armado una posibilidad de reparación integral, con miras a la construcción de la paz y la reconciliación nacional. De lo anterior, se desprende que el sujeto destinatario de la Ley, en primera instancia, son las víctimas, y la Ley entiende por víctimas en su artículo 3 aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Se trata de una Ley en pro de los vulnerables, las víctimas del conflicto armado, los desplazados y los despojados. Este es, entonces, el marco o contexto de estudio, en la medida que la búsqueda final no es ¿qué se entiende por equilibrio procesal en los procesos ordinarios?,

sino entender el equilibrio procesal y probatorio en los procesos de restitución de tierras de personas que en su momento no encontraron la protección del Estado y fueron víctimas de la amenaza de actores armados y de sus factores subyacentes como lo postula la Ley 1448 de 2011.

En efecto, se expuso en las páginas anteriores que el equilibrio procesal en la justicia ordinaria se estudia y entiende desde dos vertientes. Los primeros, activistas, propugnan por la intervención del juez en los procesos en pro de la verdad material; los segundos, garantistas, buscan la reivindicación de los derechos y las garantías con que cuentan las partes dentro del proceso, apelando al activismo de ellas como factores objetivos que permiten la igualdad formal de las partes y rechazando enfáticamente la intervención del juez en los procesos, salvo cuando deba haber un impulso formal.

En circunstancias de violaciones generalizadas mediadas por la amenaza y la intimidación, se pone a prueba, mediante la formulación de algunas preguntas, cuál de estas dos vertientes se adapta y acopla más a los enunciados de la Ley 1448 de 2011 para que se cumplan verdaderamente sus objetivos bajo el supuesto que se presenten al proceso únicamente opositores, fuertes como los supone la Ley: el terrateniente, testaferro o palmicultor, por ejemplo. En esta reflexión está por fuera la categoría de opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, que se abordará más adelante.

¿Será que la víctima y el opositor podrán considerarse partes iguales en un proceso? ¿Será que de la víctima y el opositor se puede predicar la igualdad formal a la que aluden los garantistas? ¿Será que el fin de este tipo de procesos es la consecución de la verdad formal o más bien, de la verdad material? ¿Será que en este tipo de procesos es justo que triunfe quien más hábil manejo de las técnicas procesales y del conocimiento del derecho sustancial despliegue?

Bajo la perspectiva de la autora, se dará respuesta a cada una de las preguntas formuladas, en el entendido que se trata aquí de un opositor fuerte como supone la Ley, el terrateniente, testaferro o palmicultor.

La víctima y el opositor no son partes iguales en un proceso de justicia transicional, si bien ambas tienen los mismos recursos, oportunidades y términos procesales, y ambas deben estar ante un juez imparcial, la víctima al enfrentar un proceso, donde encara y reclama al opositor pone en riesgo su vida y su integridad física, porque como se ha señalado, esta Ley sucede y se aplica aún dentro del marco del conflicto armado. Los actores del conflicto aún operan, aún están vigentes sus redes y sus contactos, aún cometen abusos y las causas del conflicto aún continúan.

Adicional a ello la víctima es una persona que está sufriendo un perjuicio, un daño a causa de una acción del opositor, que de una u otra manera ha pasado por encima de sus derechos. El daño no ha cesado, por ello se proclama víctima y entra a un proceso como este, en busca de ser reparada.

La víctima está en desigualdad respecto del opositor, no sólo por su condición y porque el daño aún sigue desplegando sus efectos, pues no ha sido reparada, sino también, porque en su mayoría el conflicto armado afectó a campesinos que se vieron forzados a desplazarse y que actualmente enfrentan una situación de extrema vulnerabilidad. De ahí que el mismo Estado aceptando ese hecho como punto de partida, ha puesto a disposición de las víctimas reclamantes la asesoría y defensa de sus derechos en cabeza de la Unidad de Restitución de Tierras.

Este tipo de procesos, no se entienden satisfechos con la consecución de la verdad formal, de la verdad dentro del proceso y con lo que se pudo demostrar dentro del proceso. Aquí el objetivo es que haya reparación y no habrá reparación si no hay verdad y justicia, verdad material y justicia material. En el marco de la justicia transicional no se puede respaldar a quién maneje mejor el derecho y sus técnicas procesales y conceptos sustanciales; en este tipo de procesos se busca la paz y la reconciliación, y no habrá paz si en juicio la verdad formal prima sobre la verdad material, sino se conoce lo que realmente ocurrió. El juez transicional no puede perder de vista el finalismo que envuelve su actividad signado por el deber de superar situaciones anormales producidas por el conflicto armado.

Al respecto, los mismos garantistas, quienes proclaman por la verdad formal, han reconocido lo siguiente:

Hay modelos de procesos que tienen su razón de ser en la implementación de políticas públicas, en donde su objetivo es la consecución de la verdad material. Aquí la administración de justicia no se reduce a una confrontación entre partes iguales, sino que debe orientarse al cumplimiento de unos intereses públicos superiores, entre ellos la decisión justa (Hernández, 2013, p. 913).

Los activistas por su parte han sostenido que, “en los procesos administrativos, los criterios de la distribución de la carga de la prueba son más elásticos, que en los procesos de corte adversarial, puesto que aquí predomina un interés público, donde el juez debe asumir una posición inquisitiva” (Balanta, 2013, p. 1113).

En conclusión, se puede afirmar que los enunciados de la vertiente garantista no aplican cuando se trata de intereses superiores como la consecución en los procesos, de la paz y la reconciliación nacional. La vertiente garantista aplica en el ámbito de disputa de intereses civiles, privados y particulares de las partes, y no mediados por la fuerza de las armas. Por el contrario, cuando se discuten intereses superiores, en este caso la reparación de las víctimas del conflicto armado, el juez debe tomar un papel activo, debe buscar a ultranza la verdad material, decretar pruebas de oficio, aplicar presunciones en favor de las víctimas, flexibilizar la distribución de la carga de la prueba, entre otras.

Siguiendo los razonamientos expuestos, se encuentra que la Ley de Víctimas, en su capítulo sobre restitución, contempla un régimen probatorio bastante acorde con la vertiente activista o publicista, puesto que consagra un régimen particular y especial en materia de pruebas, ello teniendo en cuenta que se está frente a víctimas del conflicto armado que buscan recuperar sus tierras en el contexto de la guerra interna. De ahí, que se facilite la carga de la prueba que tiene la víctima presumiéndose su buena fe (Artículo 5: Principio de buena fe); se espere que el juez sea activo dentro del proceso y decrete pruebas de oficio cuando lo considere necesario para el esclarecimiento de los hechos; se apliquen presunciones de despojo en relación con los predios inscritos en el registro de tierras despojadas (Artículo 77: Presunciones de despojo en relación con los predios inscritos en el registro de tierras despojadas), haya flexibilidad probatoria

(Artículo 84: Contenido de la solicitud), entre otros.

Sin embargo, como se ha explicado al inicio de este trabajo, el objeto de estudio a tratar aquí no es la Ley en general, ni los casos de presencia en los procesos de opositores fuertes, por ejemplo del terrateniente, testaferro o palmicultor, sino un caso particular: el litigio de restitución de tierras entre reclamante víctima y opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección.

Se entienden, los predicados de la Ley 1448 de 2011 en su visión publicista y activista para la generalidad de la Ley, sin embargo, surgen preguntas si dichos predicados también son válidos en la hipótesis: reclamante víctima contra opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección. Puesto que aquí no hay una relación de desigualdad y vulnerabilidad manifiesta como la que se presenta entre víctima y opositor fuerte, que haya que restablecer o corregir, sino que quienes disputan el derecho son ambas víctimas o sujetos vulnerables. De ahí que, en principio, podría admitirse que es un litigio entre iguales, entre dos sujetos igualmente afectados.

Para ahondar un poco en el asunto planteado, se estudian los estándares internacionales respecto de los procesos de reparación y de restauración de víctimas.

En primer lugar, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (2007) ha sostenido que la existencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos que impiden, reducen o dificultan la defensa eficaz de los intereses de varios actores. Sin embargo, esta hipótesis no aplica en el supuesto planteado, pues aquí se habla de partes iguales, dos víctimas o dos sujetos vulnerables de especial protección, ambas en condiciones de igualdad real, de ahí que no sea dable aplicar medidas tendientes a reducir una supuesta desigualdad.

La Observación General No. 32 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su 90º período de sesiones en Ginebra, del 9 al 27 de julio de 2007, sostuvo en su párrafo número 13 que los tribunales deben propender por una igualdad de medios procesales. Lo que significa que, todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de

procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado.

Se puede afirmar que la Ley 1448 de 2011 al traer una diferenciación en el trato que se le da al reclamante víctima respecto del opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, cae en distinciones que no pueden justificarse como causas objetivas y razonables y que comportan una desventaja para una de las partes. Desventaja que se refleja en mayores cargas probatorias y en la falta de acompañamiento de un organismo, como en el caso de las víctimas reclamantes, de la Unidad de Restitución de Tierras, para su representación y defensa técnica.

La Ley 1448 de 2011 en su artículo 5 presume la buena fe de las víctimas reclamantes y como consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que ésta proceda a relevarla de la carga de la prueba. El efecto, es el traslado de la carga de la prueba en el opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección. Del opositor víctima o sujeto vulnerable no se presume su buena fe, así sea víctima o vulnerable, porque la Ley no contempla un trato especial para estos casos concretos.

El artículo 78 de la Ley, a su vez, indica que bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el proceso de restitución. Esta regla general tiene una excepción y es para los casos donde haya dos reclamantes sobre el mismo predio. Pero para los casos en que el opositor resulte ser también víctima o sujeto vulnerable no aplica ese principio de igualdad. Así es como, en casos de existencia de opositores víctimas o sujetos vulnerables, sobre ellos recae la carga de desvirtuar la prueba presentada por el reclamante de la propiedad, posesión u ocupación sobre el predio, así mismo las causas de su desplazamiento y despojo. Y adicional a ello, los opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección deberán probar, los elementos que los acreditan a ellos mismos en su relación y su mejor derecho, si lo hay, sobre el predio.

Así mismo la Ley en su artículo 77 trae una serie de presunciones: así por ejemplo, se presume que habrá ausencia de consentimiento o de causa lícita en los negocios jurídicos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real cuando en su colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, violaciones graves a los derechos humanos, fenómenos de concentración de la propiedad de la tierra o en los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada. Estas presunciones aplican así la transferencia de la propiedad se haya hecho bajo las costumbres campesinas de la región y el opositor también haya sido afectado por el conflicto armado.

Las anteriores disposiciones claramente ponen al opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección en una situación de desventaja frente al reclamante en el proceso y la Ley no ofrece ninguna fórmula para esta diferenciación.

En opinión de la autora, la Ley debería tener un régimen especial para cuando se presenten este tipo de circunstancias, en donde se limiten parcialmente o maticen los enunciados activistas y publicistas, para acoger algunas de las garantías exaltadas por los garantistas que están previstas para crear y mantener un ambiente de igualdad formal, que busque la reivindicación de los derechos y las garantías con que cuentan las partes dentro del proceso, sin que sobre unos recaiga el favor de la Ley.

En consecuencia, se sostiene en este trabajo que los artículos 5, 77 y 78 deberán matizarse cuando en el escenario medie un opositor víctima o sujeto vulnerable, pues de lo contrario, violaría sus garantías procesales, poniéndolo en una situación de desigualdad, en la medida que como lo ilustra la gráfica, el juez no es neutral, ni mantiene su imparcialidad frente a dos partes materialmente y formalmente iguales, sino que el juez inclina la balanza y está más hacia el lado de la víctima reclamante, tal como la Ley le ordena.

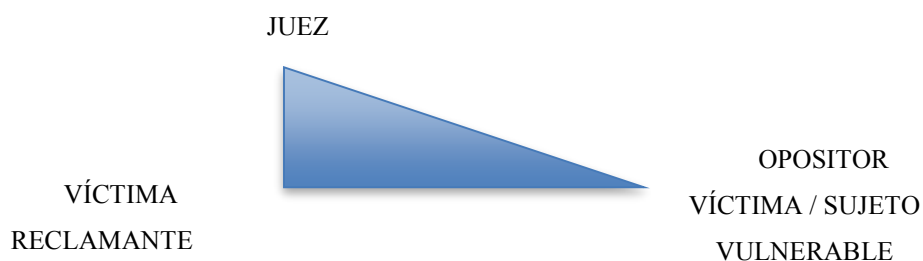


Figura 2. El proceso visto como triángulo a la luz de la Ley 1448 de 2011

El Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas consciente de la problemática de los segundos ocupantes, a quienes describe como personas naturales que en las sentencias de restitución no fueron declaradas de buena fe exentas de culpa, pese a no haber participado de los hechos que dieron lugar al despojo o al abandono forzado, y que con ocasión de la sentencia se ven abocados a perder su relación con el predio, dictó el Acuerdo 21 de 2015, cuyo propósito es rectificar la situación de inequidad en la que quedan estas personas, a través de la promoción de medidas para que la restitución de tierras contribuya a la superación de las condiciones históricas de vulnerabilidad que enfrentan las comunidades involucradas.

El Acuerdo 21 de 2015 propone que los segundos ocupantes arriba descritos, los cuales no pudieron demostrar su buena fe exenta de culpa en los procesos de restitución de tierras, pero que son personas vulnerables sin conexión alguna con el conflicto armado, cuenten con medidas tendientes a evitar una re-victimización y así promover la reconciliación social y la paz. Las medidas son: entrega de tierras o proyectos productivos, gestión en la priorización para el acceso a programas de subsidio de vivienda o de formalización de la propiedad rural.

Sin embargo, este acuerdo resulta criticable, primero porque no resuelve el problema procesal, no reconoce los defectos de la Ley y en esa medida, no propone modificaciones a la misma, sino que brinda herramientas para sanar la situación en que quedan los opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección cuando no tuvieron participación en el

conflicto, pero aun así, por el diseño mismo de la Ley, no lograron demostrar su buena fe exenta de culpa dentro de un proceso donde ya se dictó sentencia en su contra. De no contar con un programa social que las acoja, dichas familias vencidas entrarán a formar parte de una nueva cifra de desplazados.

Si bien el acuerdo parte del reconocimiento de una realidad, y es la falta de equidad en los fallos de restitución de tierras o de justicia conmutativa, que generan una re-victimización del opositor, comete un segundo error y es no llevar a cabo una modificación con carácter de Ley, que resulte imperativa para los jueces, sino una modificación a través de un acto administrativo expedido por el Consejo Directivo de la Unidad de Restitución de Tierras, que somete a la familia vencida a la discrecionalidad de la administración y al turno correspondiente para recibir los programas sociales del Estado.

Por esta razón adicional, se cree que el presente trabajo se justifica aún más, por un lado, porque ya se ha reconocido por la misma Unidad de Restitución de Tierras el efecto indeseado de un nuevo desplazamiento y, además, que los opositores pueden estar cayendo en situaciones de desventajas procesales y probatorias, que tienen como causa la estructura misma de la Ley y por otro lado, porque hasta el momento las soluciones no tienen un carácter general como lo es: primero reconocer las fallas de la Ley y segundo entrar a corregirlas mediante su modificación.

De las anteriores consideraciones y exposiciones podemos concluir que:

Cuando los procesos ventilen intereses superiores del Estado, primará la visión publicista o activista, sobre la garantista.

Cuando los procesos ventilen intereses privados de las partes, primará la visión garantista sobre la publicista o activista.

La Ley 1448 de 2011 en su generalidad ventila intereses superiores del Estado al desarrollarse en un marco de justicia transicional donde se busca saldar cuentas entre antiguos adversarios o entre víctimas y opositores fuertes.

La Ley 1448 de 2011 en una de sus particularidades puede llegar a abarcar una confrontación, ya no entre víctima reclamante contra opositor fuerte, sino entre víctima reclamante contra opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección. Aquí la Ley no puede privilegiar el interés de una víctima por sobre la otra o de un sujeto vulnerable sobre el otro, porque entonces no se cumplen los fines de reconciliación de la justicia transicional sino, por el contrario, se puede generar la semilla de un nuevo conflicto por cuenta de una decisión del Estado que aparece ante el opositor como injusta. Ambos intereses son igual de importantes para la Ley y para el juez. La Ley y el juez deben ser neutrales y reivindicar los derechos y las garantías con que cuentan las partes dentro del proceso en un contexto de violaciones masivas a los derechos humanos donde uno de los factores de victimización fue precisamente, la ausencia de un Estado regulador de las relaciones civiles.

A mayor desigualdad material, mayores posibilidades de desigualdades formales (en el ámbito del proceso).

A mayores posibilidades de desigualdades formales el juez debe propender por un papel más activo, en donde el equilibrio del proceso, de una u otra forma sea él quien lo determine.

A mayor igualdad material, mayores posibilidades de igualdad formal (en el ámbito del proceso). Y por ende, el trato dentro del proceso debe velar por el respeto de las garantías procesales, sin preferencias legales o por parte del juez para una de las partes, pues ello rompería la igualdad formal, y con ello el debido proceso y el derecho de defensa.

Cuando los casos de la Ley 1448 de 2011 enfrenten dos sujetos procesales en desigualdad material y por ende con mayores posibilidades de desigualdades formales, como es el caso de víctima contra el opositor fuerte, el juez debe ceñirse a la aplicación del régimen especial de la Ley, el cual, como se mencionó trae consagradas normas en pro de las víctimas, cobijadas por la vertiente activista.

Cuando los casos de la Ley 1448 de 2011 enfrenten dos sujetos procesales en igualdad material y por ende con mayores posibilidades de igualdad formal, como es el caso de la víctima reclamante contra el opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, el juez debe separarse del régimen especial de la Ley y velar por el cumplimiento de las garantías procesales que ha entendido la doctrina tradicional para ambas partes.

2. EXPOSICIÓN DE CUATRO CASOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DEL AÑO 2014, DONDE SE PRESENTAN OPOSITORES VÍCTIMAS O SUJETOS VULNERABLES, DE ESPECIAL PROTECCIÓN AL PROCESO Y EL TRATAMIENTO QUE LES DA EL JUEZ BAJO LA NORMATIVIDAD ACTUAL QUE RIGE LA MATERIA (LEY 1448 DE 2011)

En el presente capítulo se exponen los cuatro casos que he seleccionado como objeto de estudio para el presente trabajo. Los cuatro casos se caracterizan porque en todos ellos se presentan opositores al proceso, y todos los opositores son, o víctimas del conflicto o sujetos vulnerables de especial protección. También se asemejan porque en todos ellos la oposición no se declara fundada y tampoco se acepta la compensación. En el capítulo siguiente analizaré en detalle las implicaciones de cada uno de los fallos y haré una crítica a las consideraciones esbozadas por los tribunales para sustentar los fallos, porque en sentir de la autora, los fallos están vulnerando la equidad y la justicia conmutativa, a través de la aplicación de las fórmulas procesales y probatorias contenidas en la Ley 1448 de 2011.

Caso 1

Hechos:

En 1984 el señor Álvaro fue adjudicatario del INCORA de un predio de 12,5 hectáreas en el municipio de Carmen de Bolívar. El 26 de junio de 1998 hubo una masacre perpetrada por los paramilitares en una parcela vecina y el señor Álvaro junto con su familia abandonaron por temor su predio. A comienzos del 2008 el sobrino del señor Álvaro le propuso vender el predio que había abandonado; el señor Álvaro le dijo que lo vendería si llegaba a un acuerdo con alguien. Meses después el señor Álvaro junto con su sobrino, se acercaron a la casa de la señora Orlean ofreciéndole la venta del predio por un valor de \$10.500.000. La señora Orlean aceptó y acordaron un precio por \$10.250.000. La señora Orlean fue a sacar el certificado de tradición del predio y se percató que en él había una hipoteca. El señor Álvaro y la señora Orlean fueron juntos al INCORA a averiguar sobre la hipoteca, allí una trabajadora le insistió al señor Álvaro en no vender la tierra, porque conseguirla iba a resultarle muy difícil. Cuando salieron la señora Orlean le dijo al señor Álvaro que no compraría porque no sabía de cuánto era el monto de la hipoteca.

A pesar de ello el señor Álvaro se presentó en su casa y le manifestó que quería continuar con la venta porque él estaba viejo, enfermo y cansado y sus hijos no querían retornar a la tierra. El vendedor y la compradora en cuestión celebraron el 16 de abril de 2008 un contrato de promesa de compraventa sobre el predio, pero la escritura no se pudo elaborar porque con posterioridad le llevó al señor Álvaro una comunicación del INCODER donde le informaban de una medida cautelar que pesaba sobre el predio, prohibiendo la enajenación por causa de la violencia. En el año 2010 el señor Álvaro retornó a la casa de la señora Orlean en busca de \$950.000 que le adeudaba, la señora Orlean se rehusó a pagarlos, porque habían acordado que hasta que la propiedad no quedara a nombre de ella no los pagaría. El señor Álvaro manifestó en interrogatorio, que acudió al proceso de restitución de tierras, porque la señora Orlean no le había querido pagar la plata que le debía.

Principales consideraciones del Tribunal:

- Al momento de vender el señor Álvaro se encontraba en un verdadero estado de necesidad, consecuencia del desplazamiento del que fue víctima a causa de la violencia.
- Para los años de 2007 y 2008 aún seguía habiendo violencia en la zona, de ahí que el temor del señor Álvaro no hubiera cesado.
- Sobre el predio recae una medida cautelar emitida por la Gobernación de Bolívar el 3 de octubre de 2008, un año después de la promesa. Sin embargo, esta declaración es una manifestación de la notoriedad de la violencia en la región. Si bien la señora Orlean no debía conocer la medida cautelar por ser posterior al negocio, sí debía tener conocimiento del contexto de violencia que afectaba el municipio de Carmen de Bolívar y las ventas masivas de predios, lo que no significó un impedimento para que la señora Orlean contratara.
- La señora Orlean sabía de los riesgos que implicaba la compraventa del predio, porque ella asistió al INCORA con el señor Álvaro y escuchó la advertencia de la trabajadora social y conocía la situación de desplazamiento en la que se encontraba el vendedor.

Por lo tanto el tribunal decide aplicar la presunción del numeral 2, literal a del artículo 77 y no decretar compensación a favor de la opositora por no encontrarse probada su buena fe exenta de culpa (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, 2014).

Caso 2

Hechos:

En septiembre de 1999 la señora Carmen, reclamante dentro del proceso de restitución de tierras, junto con su esposo compró un bien ubicado cerca al municipio de Tibú a los señores Misael y Margarita por \$14.000.000. En el año 2001 la señora Carmen, sus hijos y esposo fueron amenazados directamente por los paramilitares quienes les dieron un lapso de tiempo para salir del municipio. La familia se desplazó a la ciudad de Cúcuta, posteriormente a Chinacota y en la actualidad residen en un predio de la familia cerca de Tibú en Beltrania. La señora Carmen intentó regresar a recuperar el predio abandonado, pero nuevamente fue víctima de persecuciones. En el año de 2007 la señora Carmen le solicitó ayuda a una vecina para ofrecer el predio en venta, porque su esposo estaba enfermó de cirrosis y debía atender esa situación. La vecina contacto a los señores Guillermo y Graciela quienes fueron junto con la señora Carmen al INCODER y allí les dijeron que no había ningún problema para la compra porque esos predios no tenían títulos. El 9 de agosto de 2007 la señora Carmen le vendió el predio a los señores Guillermo y Graciela por \$15.000.000 con ayuda de la vecina. El señor Guillermo y la señora Graciela tomaron dos préstamos para poder pagar el predio. Posteriormente empezaron a cultivar palma en 4.5 hectáreas con ayuda de un crédito que les proporcionó una asociación y en el 2011 le vendieron la casa que estaba dentro del predio en disputa a los señores José y Fanny por \$5.000.000 pagaderos en cuotas.

Principales consideraciones del Tribunal:

- Si bien en los testimonios se hace referencia a la apremiante situación económica de la señora Carmen y la urgencia para resolver la enfermedad de su esposo, no se logró desvirtuar el nexo causal entre el desplazamiento, el abandono, la administración del bien y la enajenación. Lo que permite concluir que el abandono y el desplazamiento fueron las causas del empobrecimiento

de la señora Carmen lo que terminó en la venta del bien.

- A pesar de la desmovilización de los paramilitares en el 2004, para los años de 2005 a 2009 tuvo lugar la injerencia en la zona de las Águilas Negras y la retoma por parte de las FARC y el ELN.
- Los señores Guillermo y Graciela buscaron la adjudicación del predio por vía administrativa, para lo cual tergiversaron información sobre el tiempo que llevaban explotando el predio y las propiedades que cada uno de ellos tenía.
- Adicionalmente los opositores admitieron tener conocimiento de la situación por la cual la señora Carmen abandonó el predio, circunstancia que debieron tener en cuenta a la hora de efectuar cualquier negocio jurídico.
- Por lo tanto el tribunal decide aplicar la presunción del numeral 2, literal a del artículo 77 y no decretar compensación a favor de los opositores por no encontrarse probada su buena fe exenta de culpa (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014).

Caso 3

Hechos:

En 1991 la señora Berlides fue donataria de un predio de 7 hectáreas ubicado en el municipio de Valencia por parte de FUNPAZCOR. El predio sólo lo pudo destinar a pastoreo por órdenes de la misma fundación. Hacia el año de 1998 los paramilitares encabezados por alias “Monoleche” amenazaron a los vecinos que si no devolvían sus tierras los desaparecerían. Se presentaron muertes y desapariciones forzadas. Ese mismo año las personas de FUNPAZCOR llaman a la señora Berlides para que entregue el predio y a cambio le hacen firmar en un libro y le entregan \$6.500.000. La señora Berlides se mudó de domicilio por temor. El señor Manuel también donatario de FUNPAZCOR fue interceptado por “Monoleche” quien le pregunto si estaba interesado en vender la tierra a lo que el señor Manuel respondió que no. “Monoleche” le

dijo que le iba a cambiar el predio y lo iba a pasar a otro en Pasto Revuelto. El señor Manuel no se opuso. Días más tarde le entregaron una escritura de compraventa firmada por la señora Berlides, a quien no conocía, él por orden de los paramilitares la firmó y se trasladó al nuevo predio donde trabajó la tierra y cultivó plátano, papaya, coco y naranja. El 12 de marzo de 2014 el señor Manuel inició un proceso de restitución de tierras donde él funge como víctima reclamante sobre el predio que habitaba en un principio, el cual fue intercambiado por el predio de la señora Berlides.

Principales consideraciones del Tribunal:

- La señora Berlides entregó su parcela infundida por el temor y la preocupación del daño que le pudieren causar los paramilitares de negarse a hacerlo. Lo que afecta la validez del contrato instrumentalizado para perpetrar el despojo.
- En el departamento de Córdoba era de conocimiento de todos los que allí habitaban la situación de violencia implantada por la Casa Castaño y la recuperación de las tierras donadas por FUNPAZCOR mediante intimidaciones, más aún teniendo en cuenta que el señor Manuel era oriundo de la región, había trabajado al servicio de la Casa Castaño como agricultor y también era beneficiario de FUNPAZCOR.
- El hecho que ninguna duda le haya generado al señor Manuel que le iban a entregar un predio perteneciente a otro donatario, desvanece su buena fe. El señor Manuel se aprovechó de la situación para privar arbitrariamente a la señora Berlides del dominio de su predio.
- El señor Manuel se benefició con el cambio de parcela en la medida que la que él tenía originariamente se inundaba y no era tan apta para la agricultura.
- Por lo tanto el tribunal decide aplicar la presunción del numeral 2, literal a del artículo 77 y no decretar compensación a favor del opositor por no encontrarse probada su buena fe exenta de culpa (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, 2014).

Caso 4**Hechos:**

El señor Miguel compró una casa ubicada en el Municipio de Cúcuta de 120 m² en noviembre de 1993, para que allí vivieran su mamá, su papá y hermana. En agosto del 2002 su mamá tuvo que desplazarse a Venezuela por amenazas que recibió de los paramilitares tras el homicidio de su hija en la casa a manos del mismo grupo. La señora Ruth, opositora, vivía con su familia cuando en marzo de 2004 unos hombres armados asesinaron a su hermano en la casa de su madre. La señora Ruth abandonó el inmueble y se dirigió a la ciudad de Cúcuta donde le arrendaron una casa, pero a los dos meses el arrendador le dijo que se fuera, como no tenía donde vivir y estaba a cargo de 4 hijos menores, encontró una casa abandonada en ese mismo barrio y decidió habitarla. Logró limpiar la casa y financiar la deuda de servicios públicos. La señora Ruth según testimonios e interrogatorios conocía que la casa tenía dueño y su dueño vivía en Venezuela, siempre manifestó que cuando lograra contactarse con él buscaría la forma de llegar a un acuerdo para que le arrendara o le vendiera la casa. También sabía que ahí habían matado a una mujer y que la madre y el padre habían tenido que salir desplazados por amenazas.

Principales consideraciones del Tribunal:

- El tribunal no encuentra acreditada la buena fe exenta de culpa de la señora Ruth porque ella al momento de ocupar el inmueble indagó sobre quién era el dueño de la casa y tuvo conocimiento del homicidio que había tenido lugar allí.
- Por lo tanto el tribunal no ordena compensación alguna para la opositora, sin embargo, como la opositora también fue víctima del desplazamiento forzado y ocupó la casa por un lapso de 10 años, el tribunal ordena su reubicación a una vivienda digna, y adicionalmente le ordena a la Alcaldía de Cúcuta que le transfiera un bien fiscal equivalente al que es objeto de restitución. Ordena a la Unidad de Restitución que la asesore para establecer si procede iniciar un proceso para solicitar la restitución del bien que compartía con su familia y el cual debió abandonar en el año 2004 (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014).

3. ESTUDIO Y PROBLEMATIZACIÓN DEL TRATAMIENTO DE LOS JUECES A LOS CUATRO CASOS PROPUESTOS, BAJO LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL DERECHO CIVIL, PROCESAL Y PROBATORIO

3.1 Opositor víctima o sujeto vulnerable, de especial protección

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado ampliamente de definir quiénes son los sujetos de especial protección constitucional, por qué lo son y sus consecuencias.

La sentencia T 736 de 2013 señaló que la razón de ser de un tratamiento preferente por parte del Estado a ciertos sujetos tiene como punto de partida el reconocimiento que la Constitución de 1991, hace de la diferencia entre la igualdad material y formal. Así la Constitución Política en su artículo 13 establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Lo anterior ha implicado que los jueces no sólo centren su atención en la igualdad de todos los sujetos ante la ley (igualdad formal), sino de la igualdad de los sujetos en el mundo real y material, donde existen desventajas entre unos y otros. Bajo este raciocinio se ha afirmado lo siguiente:

Con el establecimiento de Estado Social de Derecho se está optando por una visión material –no meramente formal- de la igualdad, todo lo cual queda reforzado con la consagración de derechos sociales en el ordenamiento constitucional. Lo anterior, a través de “acciones afirmativas” a favor de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de aquellos grupos de personas que históricamente han sido discriminados. Así: la antigua visión formal del principio de igualdad, conservadora en el sentido de que servía para garantizar el statu quo de cada cual, da paso a una visión transformadora de la sociedad, que protege los sectores más desfavorecidos y puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial (Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-495, 2010).

Si se parte de la base que en toda sociedad y en especial en la sociedad colombiana existen personas que se encuentran en un estado mayor de debilidad, vulnerabilidad e indefensión

respecto de otras por su marginación social y económica, es el Estado quien tiene la obligación de intervenir para adoptar las medidas de diferenciación positiva, para intentar poner a estas personas en un estado semejante al que se encuentra una persona del común y materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T 585 de 2006 que el estado de debilidad en que se encuentran los grupos de personas vulnerables les impide acceder a las garantías mínimas para la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales y, en este orden, la adopción de un proyecto de vida.

De lo anterior, es posible concluir que son sujetos vulnerables de especial protección por parte del Estado quienes en atención a sus condiciones de edad, raza, sexo, condición socioeconómica, características físicas o circunstancias culturales y políticas, se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos sean violados.

A modo de ejemplo son sujetos de especial protección constitucional quienes atraviesan circunstancias de pobreza como los indigentes, los damnificados, los desplazados y los desempleados, o circunstancias físicas como los discapacitados y las personas de la tercera edad. También las víctimas de la violencia como la población civil en zonas de combate (especialmente los campesinos y las mujeres) o los menores vinculados a grupos al margen de la ley, los desplazados, los despojados de sus tierras y los amenazados. Las personas socialmente discriminadas como los indígenas, los afrodescendientes y los homosexuales (Peláez, 2015).

Cuando el opositor en los procesos de restitución de tierras se encuentre en una situación de debilidad manifiesta (campesino, desplazado, población civil en zona de combates o de influencia paramilitar o guerrillera), que lo ubique en una posición de desigualdad material respecto al resto de la población, por enfrentar unas cargas excepcionales como consecuencia de una situación de desprotección por parte del Estado, tiene el Estado el deber de colocar a este sujeto en las mismas condiciones en las que se encuentra el promedio de la población, ya sea a través de su intervención directa o indirecta o a través de un tratamiento preferencial que evite que la vulneración de los derechos del opositor en esta situación se perpetúe o se agrave.

3.2 Buena fe

Los cuatro casos a examinar en este trabajo incluyen todos a opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección, que por estar en esta categoría en razón de su debilidad, indefensión o marginación social merecen un trato preferente, en especial en lo concerniente con el régimen de buena fe contenido en la Ley 1448 de 2011 cuando de opositores se trata.

La exposición de motivos de la Ley 1448 de 2011, deja ver que esta Ley partió del supuesto que quienes se oponen a los procesos de restitución son personas que de una u otra forma están relacionadas con el despojo violento de tierra:

El despojo no fue al azar ni enfrentó a ciudadanos con iguales recursos de poder, sino que fue la aplicación de estrategias deliberadas de grupos armados predatorios, en regiones determinadas, donde ejercieron el control del territorio durante casi dos décadas y colapsaron masivamente los derechos de las víctimas (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Como se parte de este supuesto, la Ley 1448 de 2011 busca impartir justicia reparativa para atender las consecuencias del conflicto armado alterando el régimen general en materia civil y probatoria a favor de las víctimas reclamantes así:

La consecuencia de los hechos anteriores para el legislador y la justicia es que el problema se aleja del terreno probatorio de la legalidad de las transferencias de propiedad, materia del derecho civil, para reconocer y darle peso jurídico a la verdadera causa generalizada del despojo, que fue la aplicación organizada de la fuerza para desplazar a la población y quedarse con sus tierras, y de esta manera corregir la injusticia colectiva contra comunidades campesinas, indígenas y negras. (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

En este contexto y, bajo los supuestos anteriores, tiene lugar la Ley 1448 de 2011, que como se indicó en el capítulo 1, su fin es posibilitarle a las víctimas el goce efectivo de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantías de no repetición, dentro de un marco de justicia transicional que da respuesta a los fenómenos de violaciones masivas de los derechos humanos durante el conflicto armado interno. Por ello la Ley 1448 de 2011 crea un régimen excepcional y protector de las víctimas del conflicto armado, los desplazados y los despojados, acogiendo, entre otras, una concepción de la buena fe que busca atender y remediar los despojos

masivos. De esta manera se ha dispuesto que se presume la buena fe de las víctimas reclamantes, mientras que a los opositores se le exigirá que prueben su buena fe exenta de culpa para tener derecho a la compensación:

La buena fe de quienes adquirieron a cualquier título tierras despojadas a sabiendas, por ser de público conocimiento que en esas regiones había ocurrido el desplazamiento y el despojo, queda en duda, y no pueden prevalecer sus títulos sobre la restitución de los derechos perdidos por violencia. Es muy difícil presumir buena fe en las circunstancias predominantes en las regiones de desplazamiento. Resulta contrario al principio de buena fe comprar tierras muy baratas a una población que huye bajo el impacto del terror, o a sus usurpadores. (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Artículo 5: El Estado presumirá la buena fe de las víctimas de que trata la presente ley [...]

Artículo 98: El valor de las compensaciones que decrete la sentencia a favor de los opositores que probaron la buena fe exenta de culpa dentro del proceso, será pagado por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

¿Qué implica que se exija una buena fe exenta de culpa al opositor?

Para explicar este concepto es pertinente primero entender qué es buena fe objetiva y buena fe simple, porque la buena fe exenta de culpa es una figura más reciente que las anteriores y comparte elementos de ambas. Sin embargo, se puede adelantar, que la buena fe exenta de culpa tiene su razón de ser en la relación entre culpa y buena fe simple y los efectos que puede acarrear una buena fe calificada donde se incurre más que en culpa en un error de los que se denominan invencibles, porque cualquiera por más cuidado que emplee caería en él.

La figura de la buena fe tiene sus orígenes en el derecho romano. Sin embargo, este derecho no hacía la distinción que ahora se conoce entre buena fe objetiva, simple y buena fe exenta de culpa o calificada. Aquí sólo existía una buena fe y atendía a la buena fe objetiva (Neme, 2009).

La *bona fides* romana o buena fe objetiva, como se denomina hoy en día, se empleaba exclusivamente en el campo de las obligaciones e implicaba un actuar de manera leal, honesta y con probidad. Implicaba e implica en sí misma un modelo de comportamiento, que se explica a través de reglas y cargas como la honestidad, transparencia, información, diligencia y

responsabilidad, siempre teniendo en cuenta no sólo el interés propio, sino sobre todo el interés ajeno. Esta buena fe exige, no sólo creer que se ha sido honesto, diligente, transparente, leal, sino efectivamente serlo: desplegar actos encaminados a cumplir las cargas. Las cargas y deberes que impone la buena fe objetiva se deben cumplir de manera precisa y eficiente por las partes (Neme, 2009).

La buena fe simple tuvo su génesis con posterioridad a la buena fe objetiva. En principio sólo se aplicaba a los derechos reales, adaptando el concepto de buena fe objetiva, que se aplicaba a los contratos, a la cuestión de la posesión. Esta buena fe sólo exige una consciencia, una creencia o convicción de haber adquirido legítimamente un bien o de haber actuado de manera proba. La buena fe ya no circula en el campo de la objetividad, de los actos tendientes a la diligencia, la honestidad o la lealtad, sino en una mera convicción interna del sujeto de creer que está actuando sin afectar derechos ajenos, constituyéndose en un punto de vista completamente subjetivo, porque puede ser que en el plano de la realidad si esté transgrediendo derechos de terceros (Neme, 2009).

Así, mientras la buena fe objetiva exige que se pongan en marcha una serie de cargas tendientes a no defraudar el interés ajeno, que son verificables en la medida que implican obligaciones de resultado y no de medio, como por ejemplo actuar de manera transparente al no comprometer un mismo negocio jurídico con personas diferentes, informar sobre las circunstancias relevantes para la consecución del negocio jurídico evitando un costo innecesario o ejecutar actos adicionales que no impliquen un excesivo sacrificio para la parte, pero que contribuyan a salvaguardar la utilidad de la contraparte; la buena fe simple exige una convicción, una creencia de que se ha actuado de manera leal y honesta, aunque dicha convicción no pueda traducirse en actos verificables. Es una conciencia que queda en el plano subjetivo de la persona y no puede llevarse al plano de las conductas y los resultados como sucede con la buena fe objetiva. En la buena fe simple basta que la persona crea que la cosa es de ella y que la ha adquirido por medios legítimos, así no haya desplegado ningún acto tendiente a corroborar esa idea, pero la idea realmente la cree, cree que es propietaria de la cosa y que no ha afectado a terceros aunque puede que en la realidad ello no sea así (Neme, 2009).

La buena fe calificada, surge para diferenciar los efectos jurídicos que puede desplegar la buena fe simple en todo el sentido de la palabra, porque ella cobija las actuaciones cometidas con culpa leve y por ende no habrá lugar al respeto del derecho, de una buena fe, que sin ser la buena fe objetiva, no admite ningún tipo de culpa, ni siquiera la leve, y por ello se dice que es exenta de toda culpa. El Código de Andrés Bello no señala los límites de la buena fe simple o subjetiva, en la medida que no indica su relación con la culpa. Así, queda la duda si para que exista buena fe simple puede incurrirse en culpa grave o sólo puede tratarse de una culpa leve. Lo que no sucede en otros códigos, como el italiano, que señalan expresamente que para que exista buena fe simple esta debe estar libre de dolo o culpa grave. La culpa leve, por el contrario, sí cabe dentro de la buena fe simple, porque es un estado de convencimiento del sujeto, no es una buena fe pura y absoluta (Neme, 2009).

La jurisprudencia creó la figura de la buena fe exenta de culpa o calificada para esclarecer la relación entre culpa y buena fe y sus consecuencias jurídicas, porque en el plano del derecho no se protegerá de la misma manera a quien actúa con buena fe simple que con buena fe exenta de culpa. Valga aclarar que esta discusión sobre la relación entre culpa y buena fe se da en el campo de la buena fe simple, porque la buena fe objetiva en su misma definición excluye cualquier tipo de culpa, es una buena fe donde existen cargas y no sólo importa que esas cargas se ejecuten, sino que se ejecuten bien y se obtenga el resultado que se espera con ellas. Cosa que no pasa con la buena fe simple por tratarse de un estado mental, donde es posible que se haya incurrido en culpa, y aun así se siga reputando la buena fe.

La buena fe exenta de culpa implica dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero atiende a la creencia de actuar con honradez, lealtad y probidad -ahí se está en el plano de la buena fe simple-, pero no se queda ahí: exige además, el despliegue de un determinado comportamiento dirigido a tener la certeza suficiente sobre una situación, derecho, persona o cosa. De ahí que se exija diligencia, no meramente en la creencia de haber sido diligente, sino haberlo sido en la realidad y bajo un parámetro objetivo. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 1007, 2002).

En este orden de ideas, la buena fe exenta de culpa se diferencia de la buena fe simple, en la medida que la creencia de haber actuado bien no es suficiente, sino que adicionalmente requiere que se desplieguen comportamientos tendientes a corroborar esa creencia, pero se diferencia de la buena fe objetiva porque los comportamientos ejecutados para corroborar la creencia no tienen el resultado esperado como sí sucede en la buena fe objetiva, sino que conllevan a crear una situación de error en el sujeto que los desplegó.

Para explicar la figura de la buena fe exenta de culpa se recurrirá a un ejemplo: Juan compra los derechos herenciales de Pedro. Pedro es un legítimo heredero, porque es hijo único de su difunto padre. Juan hizo todas las averiguaciones pertinentes para saber que Pedro es hijo del difunto y que no hay más hijos, sin embargo, cuando Juan va a hacer efectivo su derecho aparece otro hijo del difunto padre, un hijo natural, que no había sido reconocido pero que por pruebas científicas se ha demostrado que es hijo y tiene derecho a participar en la herencia. Juan por más averiguaciones que hubiese hecho no hubiera podido descubrir de la existencia de este hijo natural, porque no había registro de él. Cualquiera que hubiera actuado como Juan probablemente hubiera caído en el mismo error sobre la realidad, a pesar de desplegar todos los actos tendientes a averiguar que el derecho que se adquiriría no perjudicaría a terceros. La consecuencia es que a Juan se le respeta el derecho así no atienda a la realidad, cosa que no hubiera pasado si Juan hubiera actuado con buena fe simple.

Por lo tanto, si a pesar de tener una conciencia de lealtad y honradez y de haber hecho todo lo que estaba al alcance de esa persona para averiguar sobre la cuestión y aun así se incurre en error sobre la realidad, ese error se entenderá excusable o invencible, pues cualquier persona en las mismas circunstancias hubiera caído en el mismo error. La jurisprudencia ha entendido, entonces, que la buena fe exenta de culpa es creadora de derecho y ha protegido el derecho así obtenido, dándole prioridad a la apariencia o creencia de tener legítimamente el derecho sobre la realidad (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 1007, 2002).

En conclusión cuando media buena fe exenta de culpa, la persona no pierde su derecho. Contrario sensu a lo que sucede en la buena fe simple, que por tratarse tan sólo de una creencia

de haber actuado de manera leal, transparente y honrada, que no es corregida por la puesta en marcha de determinados actos objetivos, el derecho no se protege ni se mantiene en cabeza de esa persona que dice haber actuado de buena fe simple, sino que el derecho se pierde, aunque la pérdida del derecho se morigera, en la medida que tiene beneficios como la conservación de los frutos o el menor rigor al indemnizar.

Así, quien es poseedor de una casa de buena fe simple, y con posterioridad, pasados cuatro (4) años, aparece el dueño de la casa reclamando su derecho, este último podrá exigir que se le reivindique el bien y así será, pero por ser el poseedor de buena fe simple no pierde las mejoras necesarias que construyó en el bien o no debe devolver los frutos que la cosa ha generado durante el tiempo de su posesión de los cuales se ha beneficiado.

Se explica detalladamente la figura de la buena fe, porque se requiere para entender qué implicaciones tiene para el opositor que la Ley 1448 de 2011 le exija demostrar su buena fe exenta de culpa en la adquisición de derechos sobre el predio que se disputa para tener derecho a la compensación. En efecto, la Ley 1448 de 2011 exige al opositor no sólo que demuestre su conciencia de haber adquirido el derecho sobre el bien, que se quiere en restitución, legítimamente, sin afectar derechos de terceros, con transparencia y lealtad, sino que adicionalmente requiere que el opositor haya desplegado actos tendientes a corroborar esa creencia y que habiendo hecho todas las averiguaciones que estaban a su alcance y que cualquier otra persona como él en su posición hubiera desplegado, el opositor, aun así, hubiera caído en un error invencible sobre la realidad que rodeaba al bien, por ejemplo, no descubrir que ese bien le pertenecía a otro o que la persona que le vendió tomó la decisión de vender el bien por causa exclusiva de la violencia de la cual fue víctima.

Como se señaló en páginas anteriores la Ley 1448 de 2011 se basó en la creencia que:

La buena fe de quienes adquirieron a cualquier título tierras despojadas a sabiendas, por ser de público conocimiento que en esas regiones había ocurrido el desplazamiento y el despojo, queda en duda, y no pueden prevalecer sus títulos sobre la restitución de los derechos perdidos por violencia [...] Como el reto es reparar daños sociales de la violencia sobre los derechos patrimoniales, resulta procedente presumir afectadas por la fuerza que vicia el consentimiento las transferencias

del dominio motivadas por violencia armada, reconociéndola como causa que anula la voluntad en los contratos. (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Ello ha llevado a una enorme dificultad para probar la buena fe exenta culpa por parte de los opositores en los procesos de restitución de tierras.

En primer lugar, no se reputa una conciencia leal y honrada del opositor cuando este conocía del conflicto armado o cuando sin conocer de su existencia en la zona donde se encuentra el bien, no desplegó los actos pertinentes para enterarse de la existencia y las repercusiones del conflicto interno armado. La única forma en que el opositor logra salvar su derecho a la compensación es demostrando que no sabía de la afectación del conflicto armado en la zona donde se encuentra el bien en disputa y que por más que trató de llevar a cabo todas las averiguaciones que cualquier persona como él, en su lugar hubiera desplegado, siguiera sin conocer del contexto de violencia en virtud de un error excusable o invencible.

En segundo lugar, la Ley parte de la base que el conflicto armado colombiano es de público conocimiento y los jueces, siguiendo esta línea, aplican la figura del hecho notorio sobre el conflicto armado en las regiones donde están los bienes sobre los que se pretende la restitución. De esta manera, para el opositor resulta casi imposible demostrar que no conocía de la afectación del conflicto armado sobre el bien, porque ello se reputa como hecho notorio, lo que supone que el hecho de la violencia en la región debe conocerse por todos, incluido por el opositor. De ahí, que la existencia de buena fe exenta de culpa como la plantea la Ley 1448 de 2011 sea una grandísima excepción, porque resulta sumamente complicado de justificar un error excusable o invencible sobre la existencia de un hecho de público conocimiento, como lo es el conflicto armado.

Esta carga de buena fe exenta de culpa en el trato a los opositores no sólo se convierte en excepcionalísima de probar sino que adicionalmente comporta errores estructurales.

El primero error, consiste en que la Ley se dirige especialmente a combatir la reappropriación de mala fe de la tierra que tuvo lugar durante el conflicto, por parte de testaferros, victimarios, despojadores, terceros que se aprovecharon y compraron a precios irrisorios, entre otros; pero no contempla la posibilidad de transferencias en ese mismo contexto a terceros ajenos al conflicto o

que no busquen provecho de él, más allá del provecho ordinario que cualquier persona busca en sus negocios. En la medida que, la Ley no hace la diferenciación entre los diversos tipos de opositores que pueden presentarse al proceso, mide con la misma vara a todos los sujetos exigiendo en cualquier caso que se pruebe un actuar bajo buena fe exenta de culpa.

El segundo error de la Ley, es limitar la buena fe exenta de culpa al conocimiento sobre el conflicto armado que azotaba la zona donde se encuentra el bien en disputa, pues es casi imposible que no se tenga conocimiento sobre la violencia en las regiones del país, cuando ello se volvió lo normal, la regla y no la excepción. Y sobre ese estado de normalidad resulta fuera de equidad que con posterioridad, a través de una ley ultractiva, como lo es la Ley 1448 de 2011, se censuren todos los negocios jurídicos celebrados durante ese periodo prolongado de violencia.

Muy probablemente se llevaron a cabo negocios viciados por la fuerza y la violencia, pero también hubo otros negocios que tuvieron lugar en ese marco de violencia, porque era la regla que se prolongó en el tiempo. La vida y las transacciones que en ella suceden, continuaban y no podían detenerse por la guerra, las personas aprendieron a vivir dentro del conflicto y no por ello pueden presumirse fraudulentos los negocios celebrados en tiempos de conflicto armado. Circunscribir la buena fe al conocimiento de la violencia resulta ser un criterio facilista, porque la excepción es que en un país en guerra, no se sepa que en dicha región hubo violencia o no, de ahí que todos los opositores terminen considerándose de mala fe.

El estudio de la buena fe debe ir más a fondo, debe transcender su esencia y mirar la verdadera intención de los opositores. Si realmente se aprovecharon de la violencia para comprar tierras a precios bajos y luego hacer negocios con ella, o para revenderlas con posterioridad a mayor precio, o para modificar los usos del suelo de la tierra en esa zona, o para legalizar predios manchados de ilicitud o se aprovecharon directamente del desplazamiento de los propietarios, poseedores u ocupantes de los predios. De lo contrario, si se atiende sólo al criterio que hay detrás de la Ley 1448 de 2011, se estaría desconociendo la sociología que produce el conflicto consistente en que unos desean vender y otros desean comprar, porque ambos ven una oportunidad en el negocio tal como sucede en la cotidianidad.

En tercer lugar, no puede generalizarse de manera tal que en todos los casos se concluya que si la transferencia o adquisición de derechos reales sobre los predios en disputa se dio en el marco de un contexto de violencia no existe por parte de quien transfiere el derecho consentimiento para hacerlo. Hubo personas que en ese contexto, donde la violencia se volvió una cotidianidad, desearon o se vieron en la necesidad de vender sus predios para iniciar nuevas vidas o atender otras obligaciones y otros que decidieron comprar porque vieron en esas tierras una posibilidad de vivienda o de cultivo, asumiendo el riesgo a futuro, de ser desplazados o despojados de ese mismo predio, porque la violencia aún no había cesado. Esta sociología que produce un conflicto armado de larga duración no puede desconocerse y mucho menos afirmar que no hubo consentimiento por parte de la víctima reclamante en el negocio. Dicha fórmula constituye un incentivo perverso para que vendedores se aprovechen del recurso de restitución para deshacer negocios realizados por causas diferentes al temor que genera el conflicto armado.

Por las razones esbozadas, en el presente trabajo se propone una modificación al régimen de buena fe de la Ley 1448 de 2011 cuando de opositores se trate. Pero no de cualquier tipo de opositor sino de víctimas o sujetos vulnerables de especial protección constitucional.

La propuesta consiste en exigir una buena fe simple, entendida no como ignorancia sobre el contexto del conflicto que rodeaba y afectaba, directa o indirectamente, la transferencia de derechos reales entre el reclamante y el opositor, sino como el no sacar provecho o ventaja de la situación. Entendiendo el provecho como un provecho extraordinario y no como el común u ordinario que se busca en cualquier negocio.

En efecto, cada negocio que se lleva a cabo se hace por conveniencia de las partes en cuestión (es poco común que las personas lleven a cabo negocios por gratuidad) y ese modo de actuar y pensar no puede sancionarse. Así funciona la naturaleza del ser humano; elige tomar una decisión y no otra porque una le resulta más conveniente según sus intereses.

Llevando este planteamiento a la venta de un predio en una zona afectada por la violencia, puede observarse que uno quiere vender la tierra porque decidió hacer una vida en la ciudad o

porque necesita atender otras necesidades y no cuenta con los recursos líquidos para hacerlo, de ahí que tenga que recurrir a la venta de sus activos ilíquidos (en este caso el bien); otro quiere comprar porque le ofrecen un buen precio y quiere tener una casa propia donde vivir o usar esa tierra para cultivos y así proveer su comida y la de su familia e incluso vender el excedente a modo de negocio.

¿Puede predicarse provecho en los ejemplos que se acaban de plantear? Sí, hubo provecho, pero un provecho ordinario de ambas partes: a una le convenía vender y a otra comprar, si al negocio se agrega un contexto de violencia, no puede considerarse que esa circunstancia en sí misma, tache de ilícito o de mala fe el actuar de la parte compradora o que implique necesariamente una falta absoluta de consentimiento por parte del vendedor.

La mera existencia de violencia en la región donde se encuentra el predio en disputa no puede implicar la paralización de los negocios jurídicos que se llevan a cabo, en especial cuando el negocio se hace entre iguales, y con ellos me refiero a sujetos que estén en la misma posición, por ejemplo: campesino con campesino, víctima con víctima, vecino con vecino, persona vulnerable con otra vulnerable.

Se han expuesto dos de los tres elementos de la propuesta que se hace sobre buena fe: 1. El conocimiento del conflicto armado y 2. El provecho de la situación. Se entrará a ahondar en el tercer elemento, el cual hace referencia al sujeto destinatario.

Desde el punto de vista víctima reclamante versus opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, si a los opositores se les da un trato desproporcionado en comparación con el que la Ley le da a las víctimas reclamantes, se estaría rompiendo la igualdad formal, pues dos personas que están en igualdad de condiciones, materialmente hablando, (campesino vs. campesino; vecino vs. vecino; víctima vs. víctima; desplazados vs. desplazados), deberían ser tratadas igual por la Ley, situación que no sucede, pues una (opositor) soporta más cargas que la otra, resquebrajándose el principio según el cual todos somos iguales ante la ley, más aún cuando ambos sujetos se encuentran en igualdad de condiciones reales.

En el supuesto anterior, se parte de la hipótesis de un trato desproporcional, porque la Ley presume la buena fe de la víctima reclamante, mientras que al opositor, aun cuando se trate incluso de opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección se le exige actuar con buena fe exenta de culpa.

Desde el punto de vista opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección u opositor no vulnerable, se cree conveniente que la buena fe simple en los términos descritos se aplique exclusivamente cuando en el proceso se presenten como opositores, personas víctimas o sujetos vulnerables de especial protección constitucional, porque como se indicó en páginas anteriores estas personas por su condición de debilidad, indefensión y marginación tienen derecho a un tratamiento preferente por parte del Estado, dirigida a rectificar o corregir esa situación en la que se encuentran y reivindicar el goce de sus derechos fundamentales.

Será objeto de otro trabajo entrar a revisar si cabe la posibilidad de disminuir los estándares de buena fe cuando de opositores no vulnerables se trate; sin embargo, podría resultar problemático, porque el opositor no vulnerable no está en igualdad material ni real respecto de la víctima, de ahí que se justifique darle un trato más severo. Lo que podría revisarse es la comprensión de buena fe exenta de culpa y su relación con el conocimiento del conflicto, porque ello podría llegar a afectar derechos de opositores no vulnerables, que han actuado con una consciencia tranquila y honesta en el negocio.

No quiere decir que porque se trate de opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección, se presuma que siempre son personas de buena fe. Pueden no serlo. Se trata, por un lado de considerar esta especial situación y tener un trato más equitativo con el opositor, pero por otro lado, se busca que la Ley, por tener niveles tan estrictos respecto de los opositores en pro de una política pública que quiere proteger a la víctima, no cercene derechos de terceros, porque ello puede generar nuevas víctimas o re-victimizar a los opositores, además de dejar un conflicto latente entre las partes.

El tratamiento preferente entre opositores se encuentra justificado porque busca retornar al sujeto a una situación de igualdad material respecto de sus congéneres, igualdad que en el caso de los opositores no vulnerables no está resquebrajada. Este trato atiende a un factor de discriminación positiva, permitida y pregonada por el artículo 13 de la Constitución Política.

Los tratos disimiles no sólo se justifican a la luz de la Constitución, sino que adicionalmente han sido usados desde tiempo atrás para ajustar o corregir situaciones a las calidades intrínsecas del sujeto: un ejemplo es la diferencia entre el grado de diligencia que se le exige a un profesional en comparación con una persona del común.

En Roma si el deudor debía prestar su propia pericia profesional, el modelo de diligencia que se le exigía era la de un *artifex*; si el deudor debía ejecutar prestaciones no técnicas o profesionales, habían de considerarse dos modelos según el deudor: uno que exigía adecuarse a la conducta de un hombre que difícilmente incurre en error, un hombre medio y prudente *diligencia diligentis* y la diligencia *quam suis rebus adhiberi solet* que exigía un comportamiento similar al que se tiene en los asuntos propios, y que implicaba, además, la voluntad de no causar daño (Neme, 2010).

Así como en Roma y en la actualidad los niveles de diligencia se gradúan dependiendo de la calidad de la persona, así mismo se debe graduar la buena fe en materia de restitución de tierras.

El ejemplo se utiliza no para dar a entender que la buena fe simple, que aquí se propone respecto de opositores vulnerables, implique diligencia, porque este elemento no es de la naturaleza de la buena fe subjetiva, sino para demostrar que es posible graduar los estándares de exigencia según el sujeto y según las circunstancias. Así en Roma la *fides bona*, que se asemeja al concepto de buena fe objetiva hoy en día:

Era una idea jurídica que no podía ser plasmada de manera previa y en la definición conceptual en términos absolutos, pues, por su carácter dúctil, se reconstruye permanentemente, como lo demuestra el hecho de que ni siquiera las propias reglas que de ella emanan pueden ser consideradas como inmutables, porque su aplicación deberá evaluarse a la luz de las particulares

circunstancias del caso y de la naturaleza del negocio (Neme, 2010, p. 371).

De lo anterior puede concluirse que un examen adecuado de la buena fe no debe atender exclusivamente a un concepto general y abstracto, sino que debe analizarse atendiendo las particularidades que se vayan presentado en la resolución de cada caso; por ejemplo, al tipo de sujetos que en él intervienen o a las circunstancias específicas en las que tiene lugar el negocio o las motivaciones que condujeron en ese caso específico al vendedor a la determinación de transferir los derechos sobre el predio. Es por ello, que se cree que el concepto de buena fe exenta de culpa de la Ley 1448 de 2011 debe matizarse y no puede aplicarse de manera tajante sin considerar, por ejemplo, y en atención al tema que este trabajo atañe, los sujetos que intervienen como opositores en los procesos de restitución de tierras.

Tras haber esbozado la visión de los redactores de la Ley 1448 de 2011 sobre el fin y objeto del proceso de restitución de tierras, y haber formulado críticas y soluciones en materia de buena fe al régimen que trae la Ley, se pasará al análisis sobre la buena fe en cuatro casos concretos donde se presentan opositores víctimas y sujetos vulnerables de especial protección, para demostrar por qué en estos casos resulta más conveniente adoptar la tesis propuesta en el presente trabajo que el régimen de buena fe exenta de culpa que plantea la Ley 1448 de 2011 cuando de opositores indistintamente se trata.

Los casos 1 y 2 se asemejan en el tipo de opositores y de reclamantes y el negocio jurídico que hay de por medio, con algunos matices, que se destacaran en cada caso. En el caso 1, la señora Orlean, opositora, es una mujer que habitaba en la zona, ello se sabe, porque el sobrino del opositor y el opositor conocían donde vivía, tanto así que fue en su casa donde la abordaron para ofrecerle el negocio de compraventa del predio. El señor Álvaro manifiesta que vende porque estaba enfermo, viejo, cansado y sus hijos no querían retornar a la tierra; la señora Orlean por su parte, compra porque ve en ese predio una oportunidad para hacerse a una vivienda o a unos cultivos para su sobrevivencia a un buen precio. En este negocio no se observa que hayan intenciones ocultas o fraudulentas, mucho menos que la señora Orlean se haya aprovechado del conflicto. Sencillamente le presentaron una oferta de negocio que a ella le convenía para desarrollar las actividades cotidianas y sus proyectos de vida. El conflicto era la regla, los vecinos y las personas oriundas de la región se habían acostumbrado a vivir con la amenaza de la

violencia y no la consideraban como un obstáculo o impedimento para el desenvolvimiento de sus negocios y sus transacciones (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, 2014).

El señor Guillermo, opositor en el Caso 2, es un campesino, agricultor, que lleva toda su vida trabajado la tierra en el municipio de Tibú. Conocía a la señora Carmen, porque ambos habitaron la misma zona, y sabía de primera mano que la señora Carmen salió amenazada de su parcela en el 2001 por los paramilitares. Años después, en el 2007, la señora Carmen ofreció su predio a varios vecinos del sector, dijo que necesitaba dinero para enfrentar la enfermedad de su esposo, quien estaba en Venezuela. El señor Guillermo vio en el predio una buena tierra para cultivar y solicitó dos créditos uno a nombre de su hijo y otro a Coopetrol, para poder pagar el precio que la señora Carmen estaba pidiendo por la tierra. La reclamante tomó la decisión de vender la tierra para atender sus necesidades del momento y el señor opositor tomó la decisión de realizar un sacrificio económico mediante la solicitud de un crédito porque vio una oportunidad para hacerse a una buena tierra para cultivar. Los opositores averiguaron en el INCODER si había inconvenientes para adquirir la tierra, pero allí les dijeron que no, que esa parcela no tenía ni siquiera títulos. El opositor no realizó la compra con la intención de dejar sin tierra a la señora Carmen. Ella era propietaria de otro predio en Beltrania donde residía con sus hijos menores, tampoco para estafarla y hacerse a la tierra a un precio bajo. Como lo dicen los testimonios, en ese momento casi nadie compraba tierra, los predios no valían mucho, fue hasta que llegó la industria de palma, cuando los predios se valorizaron. Pero esas circunstancias fueron futuras a la venta, ni el opositor ni la vendedora, unos simples campesinos, que lo único que sabían era trabajar la tierra, se imaginaban ese factor, era ajeno a su conocimiento (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014).

El tribunal no decreta la buena fe exenta de culpa en el caso 1 porque no se probó una creencia de legítima ignorancia, respecto del conocimiento sobre el conflicto armado, que una normal diligencia hubiese podido superar. El tribunal encuentra que sobre el predio recaía una medida cautelar de la Gobernación de Bolívar que prohibía enajenar los predios con fecha de octubre de 2008, en razón de las ventas masivas que se estaban llevando a cabo; adicionalmente la señora Orlean por ser vecina del señor Álvarez conocía las razones por las cuales él se había

desplazado y también había presenciado y escuchado el consejo de la servidora del INCODER sobre la conveniencia para el reclamante de no vender la tierra, quien advirtió que después el señor Álvaro no tendría medios para volver a acceder a la propiedad de un predio. Por el conocimiento sobre el conflicto que la opositora tenía y que se probó en el proceso no pudo declararse su buena fe exenta de culpa, cuando el saber sobre la violencia no necesariamente afectaba su conciencia de lealtad, honestidad y transparencia (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, 2014).

La señora Orlean se comprometió a realizar un negocio jurídico propuesto por el señor Álvaro y honró su palabra: pagó el precio de la tierra con toda tranquilidad de consciencia. No estaba llevando a cabo con el negocio ninguna conducta ilícita o fraudulenta, tampoco quería perjudicar o dejar sin tierra al señor Álvaro, sencillamente él estaba en apuros por vender la tierra, era un desplazado y necesitaba dinero para asumir sus obligaciones y conocía los riesgos de la venta porque en el INCODER le sugirieron que se quedará con la tierra y aún así quiso vender. La señora Orlean no iba a caer en error invencible respecto de la presencia del conflicto armado en la zona, porque ella misma lo vivía; por el contrario cayó en el inocente error de creer que estaba negociando bajo la cotidianidad y normalidad de la vida, cuando con posterioridad una Ley le va a ordenar que ello no es así, que si había violencia y si ella lo sabía, no debió comprar.

En este caso la señora Orlean adquirió 12,5 hectáreas por \$10.250.000. Si bien es cierto que en muchas ocasiones los precios que se pagaron por los predios son bajos, ello de por sí, no puede considerarse como de mala fe. Habrá que entrar a revisar bajo qué parámetros se calculó el valor de las parcelas, pues en muchos casos, no se atendía a un valor comercial de la hectárea, sino a la costumbre en la zona, sobre todo cuando las transacciones son entre campesinos y oriundos de la región, pues ellos tienen sus propios parámetros para cuantificar el precio de la hectárea, sin que en el fondo estén buscando necesariamente defraudar al vendedor. En este tipo de casos, tan *sui generis*, el derecho civil no se puede aplicar a raja tabla, debe aplicarse a la luz de las circunstancias propias del caso y de los sujetos particulares que realizan los negocios jurídicos.

El tribunal en el caso 2 tampoco decreta la buena fe exenta de culpa, porque la señora Carmen era una persona desplazada y fue la condición de precariedad causa del desplazamiento lo que la llevó a tomar la decisión de vender el predio. Sin embargo, no se le puede endilgar a los opositores que sobrelleven la carga de tener en un extremo negocial a un desplazado. Ellos son ajenos a esa situación, nada tuvieron que ver con el desplazamiento de la vendedora y para ellos negociar con un desplazado es una situación normal, no lo ven como un hecho atípico y extraño del que haya que sospechar. Era su realidad y su cotidianidad, de ahí que no les suscite dudas que un desplazado quiera vender su tierra, era lo normal. Extraño sería lo contrario.

Los mismos testigos señalan que el conflicto para la época de la compraventa, 2007, había cesado considerablemente. Los años fuertes de conflicto que azotaron la zona fueron entre 1999 y el 2002, a partir del 2003 llegaron Los Rastrojos, pero no cometieron masacres como los paramilitares, sino que se enfocaron en extorsionar a las personas de plata de la zona. De ahí, que no pueda afirmarse en este caso, que los opositores buscaron la forma de aprovecharse del contexto de violencia, porque lo peor ya había pasado y ellos lo habían vivido y soportado. Aun así el tribunal censura el hecho que los opositores conocieran del impacto de la violencia en la región.

Por último, aduce el tribunal que los opositores buscaron de manera fraudulenta la adjudicación del predio por vía administrativa en el año 2011. Ello no está plenamente demostrado en el proceso, pero de ser así lo que es censurable es dicha actuación, que es independiente y posterior a la compraventa del predio en el año 2007. Por lo tanto, la mala fe en una actuación no puede predicarse por extensión de otra actuación autónoma y previa en el tiempo. Ello no los convierte en unos agricultores de mala fe en todos sus negocios.

El fallo del caso 2 fue atacado por la Procuraduría y el Ministerio Público, quienes defendieron la buena fe de los opositores y la ausencia de despojo, mediante la siguiente consideración:

[...] son compradores de buena fe exenta de culpa, igualmente víctimas del conflicto armado interno y del contexto de violencia generalizada que se vivió en el municipio de Tibú, en las mismas condiciones e intensidad que lo vivió la solicitante, ya que son personas oriundas de esa zona, campesinos agricultores, de escasos recursos y sin vínculos con los grupos armados al margen de la ley que ocasionaron el desplazamiento de la solicitante, que se pueden ver afectados patrimonial y socialmente con la decisión de restituir el predio.

Frente a la buena fe exenta de culpa que se exige a quienes se oponen a la solicitud de restitución, estimó que la conciencia y certeza que exige la buena fe cualificada no puede ser de la misma magnitud cuando se trata de persona natural con buena formación académica, profesional, experiencia en negocios, con posibilidad de acceso a asesoría legal, propietario de predios acostumbrado a comprar y vender finca raíz, o a una persona jurídica con recursos económicos, técnicos y jurídicos para realizar un cuidadoso estudio de títulos y de la condición legal del predio a adquirir, que el cuidado, diligencia y comportamiento que se puede exigir de una persona sin estudios que escasamente sabe firmar y leer, que en toda la vida realiza contados negocios de poca cuantía, que por su naturaleza humilde y campesina todavía confía en la palabra y en las personas, que por la fuerza de los acontecimientos y la ausencia del Estado se le ha vuelto "normal" convivir en situación que para las personas de la ciudad resultan extrañas (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014, pp. 3- 5).

Por su parte, los casos 3 y 4 se asemejan por el estado de indefensión en que se encontraban los opositores. Según la sentencia T 1040 de 2006 de la Corte Constitucional:

Una persona se encuentra en estado de indefensión cuando, ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, que ponen en peligro sus derechos fundamentales.

En el caso 3 el señor Manuel es oriundo del Municipio de Valencia, ha vivido allí toda su vida y es agricultor por oficio. Fue beneficiario de FUNPAZCOR al igual que la reclamante y trabajó en los pastizales de la Casa Castaño. El tribunal no lo declara de buena fe exenta de culpa, porque él mejor que nadie sabía de las amenazas que estaban recibiendo los beneficiarios de FUNPAZCOR para que devolvieran los predios y no le generó ninguna sospecha firmar una escritura de una persona que no conocía y que muy seguramente había sido expulsada de su predio. (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, 2014).

El señor Manuel relata que un día lo alcanzó en el camino el paramilitar “Monoleche” quien le propuso que como el señor Manuel no quería vender su finca se la cambiaría por otra. Por más

que el opositor conociera la situación de violencia y amenazas que atravesaban sus vecinos, estaba en una situación de indefensión, porque él no podía materialmente entrar a controvertir la propuesta del paramilitar, era incapaz de repeler la decisión de “Monoleche”, pues podían hacer cualquier cosa con él y su familia de desplazarlo hasta matarlo, sino se atenía a la orden que ellos habían impuesto. Esa violencia y la presión de las represalias que podían tomar los paramilitares contra él, quienes eran la ley y el orden en ese municipio, lo llevaron a optar por una decisión que en circunstancias normales no habría contemplado, si no tuviera una mejor manera de solventar la situación. (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, 2014).

Una situación parecida atravesó la señora Ruth. En el año 2004 unos hombres armados asesinaron a su hermano en la casa de su madre. Por posteriores amenazas su madre decidió vender la casa. La señora Ruth dejó su casa y se fue al barrio Pueblo Nuevo en la ciudad de Cúcuta con 4 hijos menores a cargo. Inicialmente arrendó una casa, pero a los dos meses se la pidieron y ella se pasó a otra casa del barrio que había visto abandonada. Se esforzó por limpiarla y pagar los servicios públicos y ahí vivió durante más de 10 años. La señora Ruth con el paso del tiempo se enteró por los vecinos que la casa tenía dueño, que ahí habían matado a una mujer y que los padres de la difunta por amenazas tuvieron que irse para Venezuela. La opositora en sus interrogatorios, que son confirmados por los testigos, señala que siempre tuvo la intención de llegar a un arreglo con el propietario de la casa para que se la arrendara o vendiera, pero él nunca apareció (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014).

El tribunal no encuentra probada la buena fe exenta de culpa, porque la señora Ruth sabía que la casa tenía dueño. Esta postura es cuestionable, porque la señora Ruth encontró en esa casa un refugio, donde pudo satisfacer sus necesidades y las de sus hijos. No estuvo en la casa con ánimo de despojar al propietario; estaba en una situación de indefensión y en ese lugar encontró una vivienda. Siempre tuvo la intención de pagar por la casa a su propietario, sin embargo la ocupó mientras nadie la reclamó. Incluso evitó que la casa se cayera a pedazos por el abandono de casi una década.

En este orden de ideas, conocer de la violencia y saber que las personas que allí vivían antes habían sido afectadas por el conflicto, no convierte a la opositora en mala fe, jamás sacó provecho de la situación de violencia que enfrentó la familia propietaria; no los conocía, llegó dos años después de que ellos se hubieran desplazado y allí encontró un lugar que le permitió cesar la vulneración a sus propios derechos fundamentales. No tenía muchas opciones, fue víctima de la violencia y no tenía medios para lidiar con la situación.

Ni el señor Manuel en el caso 3, ni la señora Ruth en el caso 4 actuaron de manera desleal o fraudulenta, ellos simplemente actuaron para salvarse, no tenían más opciones y eso no resulta reprochable y mucho menos carente de buena fe.

En ninguno de los casos anteriores los respectivos tribunales dieron por probada la buena fe del opositor, por no configurarse una buena fe exenta de culpa. En todos los casos los opositores son campesinos, trabajadores, que habitan en zona de conflicto y no tienen idea sobre las cargas que les impone la ley y el derecho, no conocen la ley, mucho menos entienden ¿qué es derecho?, se limitan a negociar al vaivén de la vida y las necesidades. Imponerles cargas de diligencia y un desconocimiento del conflicto es desproporcionado, pero dicho desconocimiento no implica que no hayan actuado con probidad.

La carga de demostrar buena fe exenta de culpa resulta excesivamente onerosa para un campesino, que está en igualdad de condiciones a la víctima reclamante, y que para su defensa en un proceso de restitución de tierras no cuenta con muchas herramientas. No sabe de derechos, de leyes, de cargas, de obligaciones, de procesos, sabe de cultivos y de sobrellevar la vida en el campo.

Este opositor no sólo está desprotegido, sino que adicionalmente ante la incapacidad de probar su buena fe exenta de culpa pierde el derecho real sobre el predio, que un día otro campesino le dio su palabra que sería suyo y se queda sin ninguna compensación, ya sea por el precio pagado por una tierra que le quitan o por las mejoras que ha labrado sobre el predio durante los años que lo ha tenido.

3.3 Presunciones

La Ley 1448 de 2011 en su artículo 77 trae una serie de presunciones en perjuicio del opositor, las cuales implican que si un hecho determinado se tiene por probado dentro del proceso, se presume la causa ilícita y la falta de consentimiento en el negocio jurídico entre víctima y opositor, dando lugar a la inexistencia del mismo y a la nulidad de todos los actos relacionados con ese negocio jurídico pero posteriores a él.

Las presunciones que consagra el artículo mencionado son las siguientes:

1. Se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento, o causa ilícita, en los negocios y contratos de compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera un derecho real, celebrados entre la víctima reclamante o una persona que la represente con las personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley cualquiera que sea su denominación, o por narcotráfico o delitos conexos.

2. Se presume que en los siguientes negocios jurídicos hay ausencia de consentimiento o de causa lícita, en los contratos de compraventa y demás actos jurídicos mediante los cuales se transfiera un derecho real, en los siguientes casos:

a. En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos o en aquellos inmuebles en donde se haya solicitado las medidas de protección individuales y colectivas relacionadas en la Ley 387 de 1997.

b. Sobre inmuebles colindantes de aquellos en los que, se cometieron los hechos de violencia, donde se haya producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; sobre inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran

producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

c. Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros.

d. En los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción.

3. Se presume legalmente que un acto administrativo posterior que legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima que reclama la propiedad, posesión u ocupación es nulo.

4. Se presume que los hechos de violencia le impidieron al despojado ejercer su derecho fundamental de defensa dentro del proceso a través del cual se legalizó una situación contraria a su derecho con fundamento en una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada y que otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero.

5. Se presume la inexistencia de la posesión que tenga lugar sobre el bien objeto de restitución, durante el periodo de violencia (desde enero de 1991) hasta la sentencia dictada en virtud de la Ley 1448 de 2011.

De una revisión detenida de las presunciones expuestas, es posible afirmar que la Ley entiende que la violencia vicia el consentimiento y por ende las 5 presunciones del artículo 77, todas de una u otra forma están conectadas con el contexto de violencia así:

1. Transferencias de derecho reales a personas vinculadas con grupos armados al margen de la ley.

2. Violencia en predios contiguos; cambios en el uso del suelo aprovechándose del contexto

de violencia; lesión enorme aprovechándose del contexto de violencia donde el precio de la tierra baja.

3. Actos administrativos que adjudiquen la tierra a terceros durante el contexto de violencia.

4. Sentencias que declaren el dominio de la tierra a favor de un tercero diferente a la víctima, durante el contexto de violencia o el desplazamiento de la víctima reclamante; 5. Posesión de terceros sobre el predio durante el tiempo de violencia.

La relación que propone la Ley entre existencia del conflicto y aplicación de las presunciones, se explica a la luz de los motivos de la Ley 1448 de 2011:

Como el reto es reparar daños sociales de la violencia sobre los derechos patrimoniales, resulta procedente presumir afectadas por la fuerza que vicia el consentimiento las transferencias del dominio motivadas por violencia armada, reconociéndola como causa que anula la voluntad en los contratos (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

La exposición de motivos de la Ley 1448 de 2011 justifica las presunciones del artículo 77 en el contexto de violencia que enmarca las transferencias de derechos reales. En este mismo orden de ideas, la Ley señala que las normas excepcionales que menoscaban los derechos adquiridos por terceros con posterioridad al abandono o despojo por parte de la víctima del predio, se entienden justificadas por la presencia de circunstancias irregulares y masivas de violencia armada. La Ley toma partido por las víctimas y está encaminada a que prevalezcan los derechos de las víctimas reclamantes sobre otros derechos.

Con las presunciones se busca plasmar un entendimiento sobre la realidad, que consiste en sostener que las transferencias de derechos reales durante el conflicto fueron actos generados no bajo el amparo del Código Civil, sino de una situación de violencia generalizada que coaccionó el mercado, a través del temor de los propietarios, poseedores u ocupantes de los predios y su voluntad de huir o de abandonar su propiedad por la amenaza.

La exposición de motivos continúa así:

El proceso gravitará sobre la presunción de la ausencia de consentimiento en todas las transferencias o cambios posesorios en las zonas donde haya habido violencia armada ilegal. El Gobierno Nacional tendrá a su cargo la determinación con exactitud de las zonas geográficas objeto de la presunción y el período en el cual ocurrieron los despojos, de tal manera que no se extienda su aplicación a casos que no correspondan con la realidad (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Aquí se hace una salvedad, consistente en que el gobierno determinará las zonas donde deben aplicarse las presunciones, para que las presunciones no se apliquen indiscriminadamente en todo el territorio. Ello da a pensar que el legislador entiende que el uso de las presunciones puede no resultar de equitativa aplicación en todos los casos. Sin embargo, en la actualidad, los jueces aplican las presunciones a cualquier caso y en todos los casos en que se den los hechos base de la presunción sin consideraciones adicionales, más que el mandato que la ley enuncia.

Si bien, se comparte la idea que la violencia vicia el consentimiento, no por ello todo negocio jurídico que se desenvuelva en un contexto de violencia está viciado de nulidad o es inexistente. Las presunciones, salvo la primera, todas son legales, o sea que admiten prueba en contrario. Pero no siempre resulta fácil para el opositor desvirtuar la presunción, en unas ocasiones porque carece de una defensa técnica y adecuada a sus derechos, y en otras, porque los jueces aplican las presunciones automáticamente, no entran a reflexionar sobre si en ese caso la consecuencia de la presunción se desprende de los hechos o no.

Sucede que en la mayoría de los casos los hechos en que se basa la presunción sí son ciertos y ocurrieron, pero la consecuencia de la misma, en este caso la ausencia de consentimiento o causa lícita no es correcta, pues a pesar de la violencia sí hubo consentimiento: los motivos para vender no fueron el temor, sino la enfermedad y la lejanía del pariente en otro territorio. Por el contrario, pareciera que el juez y la misma Ley está inspirada en ser tajante: si la violencia está demostrada nada vale, como si durante la violencia todos los negocios que se celebran en la vida cotidiana no pudiesen acontecer. El opositor queda, entonces, completamente desprotegido.

Se explicó el régimen de presunciones de la Ley 1448 de 2011, su esencia, fundamento y

objetivo a la luz de la exposición motivos de la misma Ley. Este trabajo pretende plantear una modificación al régimen de presunciones cuando estén de presente opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección, y para ello se recurrirá a una breve explicación sobre la figura de las presunciones en el derecho probatorio y procesal y a un análisis de la aplicación de las presunciones tal como las consagra la Ley 1448 de 2011 a la luz de los casos expuestos en el capítulo 2 del presente trabajo, para concluir con una propuesta innovadora.

Explican los autores colombianos la presunción, como la consecuencia que se origina, por regla general, de un determinado comportamiento; así ha señalado Jaime Azula Camacho, que:

El hombre en su diario vivir recibe una serie de percepciones, las cuales, en la medida que sean repetidas, sientan unas reglas que sirven de soporte a un juicio y le indican que un mismo hecho o circunstancia produce una determinada consecuencia o, viceversa que un determinado hecho se origina en una misma causa (1998, p. 300).

La presunción en palabras de Antonio Rocha Alvira (2013) se funda en lo que regular y ordinariamente sucede. Por la presunción se toma una cosa como verdadera antes de que conste de otro modo.

La figura de la presunción no tiene como objetivo liberar de prueba a quien la alega, pero si busca aliviar la carga de la prueba de un hecho: el hecho que se presume. Quien alega una presunción está obligado a probar el hecho del cual se deriva un determinado efecto: hecho base de la presunción. Así quien alega la presunción debe probar el hecho x , una vez probado, por una relación de causalidad, es seguro que se entienda que el hecho z sucedió. Bajo este razonamiento, se ha demostrado indirectamente el hecho z a través de la prueba del hecho x (Rocha, 2013). En últimas, el favorecido con la presunción queda liberado de probar el hecho z , pues este se presume a su favor, si prueba el hecho x .

Las presunciones son de varios tipos. Por un lado están las presunciones legales, que a su vez se dividen en presunciones de derecho y legales en estricto sentido y por otro lado, están las presunciones judiciales. Las primeras, como su nombre lo sugiere, están consagradas en la ley. La diferencia entre presunciones de derecho y legales en estricto sentido, es que las de derecho

no admiten prueba en contrario, son presunciones absolutas o definitivas que no tienen la posibilidad de ser desvirtuadas, mientras que las legales en estricto sentido sí pueden desvirtuarse mediante prueba en contrario. Por último, las presunciones judiciales son las que emite el juez cuando determina la credibilidad o convicción que le merece un medio de prueba (no están consagradas en la ley) (Azula, 1998).

Se puede afirmar que quien se beneficia con la presunción tiene mucho ganado en el terreno probatorio de un proceso, porque como se señaló, las presunciones buscan aliviar la carga de la prueba. Por su parte, quien se ve perjudicado con la presunción, tiene puntos en contra. En primer lugar, porque la presunción no lo favorece a él, sino a su contraparte; y en segundo lugar, porque tendrá que entrar a desvirtuar la presunción, cuando de presunciones legales se trate, para que no se le apliquen los efectos jurídicos de tenerse la misma por cierta y probada. Quien entre a controvertir la presunción tendrá dos posibilidades, a saber: o desvirtuar el hecho del cual se deriva la presunción o desvirtuar el hecho presumido a pesar que sí sean ciertos los hechos que le sirven de prueba.

La presunción que se tenga por probada y cierta, en la medida que no sea desvirtuada dentro del proceso, resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial. Para demostrar la afirmación anterior, me valdré del siguiente ejemplo: el artículo 762 del Código Civil señala que “el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Quien es poseedor dentro de un proceso y prueba su posesión, si la misma no es desvirtuada por la contraparte, el poseedor se reputará dueño de la cosa.

Teniendo en cuenta el panorama esbozado, donde hay una parte que ve aliviada su carga probatoria al beneficiarse con una presunción a su favor y otra que la tiene en contra, y por ende, tiene la carga de desvirtuarla, si no quiere que se le apliquen los efectos y consecuencias jurídicas de la presunción, es legítimo preguntarse: ¿si la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso (en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia), de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción?

Esta pregunta es pertinente extrapolarla a los procesos de restitución de tierras regidos por la

Ley 1448 de 2011, donde hay una víctima reclamante y un opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección.

Para responder al interrogante planteado se acudirá a la resolución que dio el tribunal en los casos 1 y 2 sobre las presunciones del artículo 77 y su justificación para aplicarlas en los casos concretos. Se analizan exclusivamente estos dos casos, porque son los únicos donde hubo verdaderos negocios jurídicos entre la víctima reclamante y el opositor para poderlos reputar como inexistentes a luz del artículo 77.

En el caso 2, se realizó negocio de compraventa entre la señora Carmen Cecilia y los opositores el 9 de agosto de 2007 por predio cuyo valor se acordó en \$15.000.000. Si bien en la zona para el año de la compraventa había influencia de la banda criminal Águilas Negras, relata la testigo María Pedroza que la señora Carmen estaba interesada en vender su predio para atender la enfermedad de su esposo:

...la señora Cecilia le dijo que quería vender la parcela, por lo que ella habló con Guillermo y Graciela quienes estaban interesados en adquirirla, que sabe que ella necesitaba vender porque el esposo estaba enfermo en Venezuela. Actualmente la señora Carmen Cecilia vive en la vereda Bertranía, sola, con los hijos medianos (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014, p. 9).

Otra testigo, la señora Roselia Melgarejo de García, manifestó que:

...durante el tiempo que se fue la señora Cecilia dejó a un muchacho que se llama Noel Hernando Cardozo encargado; estaba ofreciendo en venta la parcela. Pedía \$15.000.000 y que pagara en Incoder una deuda de \$3.000.000, a ella (Roselina Melgarejo) le ofreció la parcela porque el esposo estaba muy enfermo, que él estaba en Venezuela y que tenía cirrosis; en el año 2007 compró el señor Guillermo; la señora María Pedroza, fue la que le ayudó a venderla (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014, p. 9).

De lo anterior, puede extraerse que si bien hubo violencia en las cercanías al predio, ello no tiene como consecuencia absoluta que en todos los casos el reclamante víctima del desplazamiento no haya querido vender o no haya dado su consentimiento, muy por el contrario, en el presente caso podemos observar que la señora Carmen necesitaba vender el predio para atender otras necesidades (la enfermedad de su esposo) y que lo hizo incluso muchos años

después de su desplazamiento. Para la época de la venta la señora Carmen habitaba con sus hijos en otro predio, de ahí que tampoco pueda afirmarse que los opositores contribuyeron al despojo o agudizaron la situación de desplazamiento de la reclamante.

Adicionalmente, fue la misma señora Carmen la que preguntó a los habitantes de la región si alguien estaba interesado en comprarle, pues no sólo le ofreció a los aquí opositores sino a la señora Roselia Melgarejo (testigo). Incluso le solicitó ayuda a una vecina la señora María Pedroza (testigo) para que le ayudara a conseguir posibles compradores.

Sin embargo, el tribunal, en sus consideraciones, a pesar de reconocer que la víctima declaró que los opositores no ejercieron ningún tipo de coacción sobre ella para la venta del bien y que los testimonios hacen reiterativa mención a la apremiante situación económica de la víctima reclamante y la urgencia que tenía para solventar la enfermedad de cirrosis de su esposo, señala que no se logró desvirtuar el nexo causal entre el desplazamiento forzado, el abandono, la falta de explotación y la enajenación del predio. De ahí, que lo que motivó a la señora Carmen a vender haya sido el hecho del desplazamiento causado por la violencia y debe en consecuencia aplicarse la presunción del artículo 77, numeral 2, literal a.

En este caso, hay un aspecto que parece interesante y no es profundizado por el tribunal. De los testimonios e interrogatorios de los mismos opositores se desprende que el señor Guillermo cultiva palma en el predio que adquirió de la señora Carmen:

Hace tres años su papá pertenece a una asociación que se llama Asopados Ocho, la cual es la que financia el crédito para la siembra de cultivo de palma. Expresó que el proyecto del cultivo de palma en la zona donde se encuentra ubicada la Parcela la Pringuera comenzó hace aproximadamente unos 4 o 5 años (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014, p. 11).

Lo anterior, podría en principio encajar dentro de la presunción del artículo 77, numeral 2 literal b, porque con posterioridad a las amenazas se produjeron alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, como lo es la palma.

Sin embargo, hay que considerar que aquí se trata de campesinos que compraron la tierra para tener sus cultivos y poner la tierra a producir. Adicionalmente, tampoco puede pretenderse que por el hecho de sembrar palma, ya de por sí la actividad resulte sospechosa, pues de las pruebas salta a la vista, que los opositores del presente caso sembraron palma porque era el negocio que estaba dando utilidades en la zona. Ello en sí mismo no puede considerarse ilícito. Lo que sí es ilícito es despojar tierras en gran cantidad para alterar el uso del suelo en la zona y sembrar monocultivos o negocios semejantes. Pero ese régimen no lo instauraron los aquí opositores, no fue obra de ellos. Ellos son la consecuencia de la alteración del suelo, no los autores intelectuales. Aquí se trata de pequeños agricultores y campesinos que habitan la zona y vieron en la palma un buen negocio para poner a producir su parcela. Era el negocio del momento, lo que estaba produciendo dinero. El uso del suelo lo alteró otro. Ellos, simplemente, siguieron la tendencia de la tierra en el momento para hacerse a una pequeña ganancia.

En el caso 1, el señor Álvaro y la opositora realizaron promesa de compraventa en el año 2008 sobre un bien de propiedad del primero. El mismo reclamante declara que vendió porque estaba viejo, enfermo y cansado y sus hijos no querían regresar a trabajar la tierra, así que si llegaba a un arreglo con alguien vendía. En interrogatorio afirmó lo siguiente:

Antes del desplazamiento si vivía en la parcela pero después sus hijos no quisieron retornar; también, respecto a la génesis del negocio jurídico, refirió que la venta se dio porque el señor Argemiro Álvarez le preguntó si vendía la parcela, a lo que él respondió que si había arreglo con alguien él vendía, y siendo que hubo arreglo con la señora Orlean, decidió contratar. Interrogado por el motivo de la venta respondió: “yo vendí porque estaba enfermo y ya no tenía de donde echar mano y usted sabe que uno echa mano de donde tiene” [...] “¿Qué fue lo que a usted lo motivó a recuperar su tierra?”, este respondió: “eso, de que ella me estaba restando esa platica y yo llegue a donde ella a decirle eso, entonces ella se me puso fue brava y me dijo que ella no me daba un peso más porque eso no estaba todavía a nombre de ella, eso no es culpa mía” (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, 2014, Pp. 24-25).

En este caso el tribunal considera que el señor Álvaro al momento de la venta se encontraba en un verdadero estado de necesidad consecuencia del desplazamiento a causa de la violencia. Para el año 2008 todavía cundía temor en la zona por el continuo acontecimiento de hechos violentos y la familia del reclamante aún se encontraba en situación de desplazamiento, argumentos estos para aplicar la presunción del artículo 77, numeral 2, literal a.

A modo de ver de la autora, en los dos casos descritos, los reclamantes víctimas vendieron por razones diversas a la violencia. En el primer caso, la razón fue atender la necesidad de salud del esposo de la reclamante y en el segundo de los casos, la edad y el hecho que los hijos del reclamante no mostraron interés en el predio. A pesar que las causas de ambas ventas quedaron probadas en los procesos incluso con dichos de terceros imparciales o por declaraciones de las mismas víctimas reclamantes, los jueces no dieron por desvirtuada la presunción. Para ellos la consecuencia de la presunción es tan infalible que la dan por verdadera antes de que conste por otro modo.

Jaime Azula Camacho ha descrito las debilidades del sistema de presunciones:

Las presunciones se fundan, pues, en probabilidades, pero la más alta probabilidad de certeza no excluye la posibilidad de error. El legislador o el juez, para sentar una presunción, escoge entre un grupo de probabilidades las que juzga más razonables o verosímiles, dado el hecho o hechos ciertos de que parte para sacar una deducción. En este juicio, en este razonamiento, puede haber error (1998, p. 460).

Atendiendo a la falibilidad de las presunciones y al empeño de los jueces por justificar su aplicación en cualquier caso, la propuesta del presente trabajo consiste en cambiar la figura de la presunción, por la de indicio grave en contra del opositor, en caso de no desvirtuar determinados supuestos.

El indicio puede no resultar tan inquisitivo como la presunción, porque de él no se extraen conclusiones en estricto sentido, este apenas sugiere. El indicio aisladamente no hace fe, pero en conjunto con otros semejantes presta ayuda y constituye plena prueba (Rocha, 2013). Por el contrario, en la presunción legal, el criterio general ya está establecido en la ley, el juez sólo se limita a aplicarlo, existe un juicio a priori sobre la situación, mientras que el indicio constituye juicio a posteriori.

La solución al problema de las presunciones en los procesos de restitución de tierras, se

ahondará en capítulo posterior, donde se propondrá una nueva redacción de la norma específica. Sin embargo, para no dejar inconclusa la idea, se pasará a esbozar la lógica que se pretende instaurar al cambiar el régimen de presunción por uno de indicios.

Si el opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, no logra probar:

1. El consentimiento del reclamante víctima libre de todo vicio a la hora de transferirle los derechos reales.
2. La causa lícita del contrato.
3. La ausencia de violencia que pudiera tener un impacto determinante sobre la decisión de la víctima para el tiempo de la transferencia de derechos.
4. El precio justo para esa época, valiendo como parámetro la costumbre del lugar donde está el predio.

Se tendrá como indicio grave en su contra a la hora de fallar, pero si logra demostrar los supuestos anteriores, tendrá derecho a la compensación.

Este indicio que se le aplicaría al opositor, en caso de configurarse, a diferencia de las presunciones, no es una prueba perfecta, porque no reúne todos los requisitos. Se tiene simplemente como un indicio no necesario, puesto que no hay absoluta correspondencia entre el hecho base y la inferencia. Sin embargo, este indicio sumado por ejemplo a la falta de buena fe, sí tendría la contundencia para acarrearle al opositor un resultado adverso en el proceso, sin ser tan tajante como la presunción, porque ella acarrea como consecuencia inmediata la falta absoluta de consentimiento y la existencia de causa ilícita en el negocio entre víctima y opositor.

Para concluir, es preciso citar a la doctrina, cuando se refiere a la utilidad del indicio, pues es pertinente para solucionar los casos de restitución de tierras en los cuales cunde el fraude y el ánimo de provecho exacerbado:

La índole de esta prueba, llegar a lo desconocido partiendo de lo conocido, la hace muy útil para los hechos que la gente no quiere dejar constancia, y que, al contrario, desearían ocultar, como los ilícitos; o que después desean negar, como las intenciones, el ánimo de fraude, de simulación, de consentimiento tácito (Rocha, 2013, p. 509).

3.4 Enriquecimiento sin causa

La Ley 1448 de 2011, en su articulado, implementa un sistema mediante el cual sólo será acreedor de la compensación el opositor que pruebe su buena fe exenta de culpa:

Artículo 98. “El valor de las compensaciones que decrete la sentencia a favor de los opositores que probaron la buena fe exenta de culpa dentro del proceso, será pagado por el Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas”.

La exposición de motivos de la Ley es enfática en señalar que el que negoció de mala fe los predios de víctimas despojadas o desplazadas por la violencia deberá soportar la pérdida patrimonial del valor que pagó por el predio, pues no tendrá derecho a compensación alguna en virtud de la restitución que del bien haga por orden judicial:

Quien adquirió derechos sobre tierras despojadas, o aprovechando la inferioridad de aquellos sometidos al terror organizado, debe asumir parte de la pérdida patrimonial ocasionada por el conflicto, como debe ocurrir también con los acreedores que no recibieron sus pagos por la fuerza mayor del desplazamiento de sus deudores y el Estado, que no recaudó impuestos o tarifas (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Este trabajo busca analizar en el siguiente acápite si en los cuatro casos bajo estudio se configura un enriquecimiento sin causa por no declarar la buena fe de los opositores víctimas o sujetos vulnerables de especial protección y como consecuencia no reconocerles la compensación.

La figura de la compensación tiene como objetivo, en la Ley 1448 de 2011, restaurar la

equidad de un negocio jurídico que se quedó sin causa.

En virtud de los fallos de restitución de tierras, por medio de los cuales se deshacen negocios jurídicos para que la víctima reclamante pueda regresar al predio que negoció, se afectan derechos de terceros (opositors), porque ellos deberán restituir un bien por el cual, para adquirirlo, se desprendieron de una parte de su patrimonio.

Se entiende que el negocio se quedó sin causa, cuando una atribución patrimonial se queda sin fundamento. La atribución patrimonial es el provecho o beneficio que, estimable en una suma de dinero, una persona coloca al interior del patrimonio de otra.

Así, quien debe restituir un bien por orden judicial tiene derecho a reclamar que a cambio se le restituya el pago, que el otro recibió por concepto del bien, porque la atribución patrimonial que desplegó para adquirir un bien se quedó sin causa en virtud de la restitución del bien. De lo contrario se estaría vulnerando la justicia conmutativa, en la medida que una parte del negocio es lesionada, porque no recibe equidad de los valores patrimoniales intercambiados por las partes.

Sin embargo, la compensación en la Ley 1448 de 2011, no sólo se restringe al restablecimiento de la equidad en los negocios jurídicos que se quedaron sin causa, porque hay casos en los que no media entre las partes ningún negocio jurídico, pero aun así, si el tercero, opositor, es de buena fe, tiene derecho a que se le reconozca una compensación. El valor de esta compensación ya no tendrá relación con la atribución patrimonial depositada directamente en el patrimonio de otro, si no que atenderá a las mejoras que se han ejecutado sobre el bien, que incrementan su valor o impiden que el valor del bien baje de precio. De manera que al verse el tercero compelido por una orden judicial a restituir el bien no pierda las inversiones que hizo sobre él o lo que es lo mismo, el beneficiado con la restitución no se aproveche de las inversiones del tercero sobre el bien, siempre y cuando el tercero como se señaló sea de buena fe.

En síntesis, la compensación, en la medida que sólo se otorga a quien actúa de buena fe, en virtud de un negocio jurídico o sin que medie negocio alguno, es una manifestación del mandato

del artículo 1525 del Código Civil, según el cual: no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Para cumplir el objeto del presente acápite, que consiste en analizar si en los casos bajo estudio en el presente trabajo se configuró o no un enriquecimiento sin causa, porque el juez no ordenó la compensación, es necesario entrar a estudiar brevemente los elementos constitutivos de esta figura del derecho civil.

El autor Luis Díez-Picazo (1996) señala que el principio del enriquecimiento sin causa busca que ninguno pueda enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro. Esta figura exige para su configuración que concurren: la adquisición de una ventaja patrimonial; un correlativo empobrecimiento del actor, que sea consecuencia de aquella ventaja y una falta de causa justificativa en el enriquecimiento.

En primer lugar, el enriquecimiento implica cualquier beneficio, utilidad o provecho a favor de una persona que se verifica si existe una diferencia entre el estado actual del patrimonio y el estado que éste tendría si el desplazamiento ilegítimo de bienes no se hubiera producido. El beneficio patrimonial se expresa de dos maneras: 1. Incremento en el patrimonio del enriquecido; 2. No enriquece pero evita al beneficiario un empobrecimiento. Sin embargo, no basta el enriquecimiento por sí sólo, este debe producirse a costa de otro, de ahí que el enriquecimiento implique en todos los casos un sacrificio de otra persona, que se expresa mediante la salida de un valor del patrimonio, en la prestación de un servicio que no se remuneró o en la no obtención de un lucro esperado. De manera que el patrimonio del que efectuó la atribución patrimonial ahora vale menos, pues se desprendió de una parte de su patrimonio o ejecutó una actividad tasable en dinero, sin recibir nada a cambio. El tercer elemento consiste en que el enriquecimiento debe resultar injustificado, debe mediar una falta de derecho o de justicia, en la medida que la atribución patrimonial desplegada no es correspondida o no se encuentra debidamente fundamentada (Díez-Picazo, 1996).

Por último, es importante acotar, que no se podrá reclamar un enriquecimiento sin causa, si quien se ha visto perjudicado o sea empobrecido, ha actuado sin justo título o en virtud de un acto inmoral o ilícito o ha llevado a cabo su propio empobrecimiento con una finalidad lucrativa (Díez-Picazo, 1996). Por ejemplo, en los casos donde los paramilitares o la guerrilla usan las

amenazas para expulsar a las personas de un predio y luego los obligan a vender el predio a terceros representantes de sus intereses, no tienen derecho a alegar un enriquecimiento sin causa tras la orden judicial de restitución del bien despojado, porque se aprovecharon de un acto ilícito propio.

Los problemas del enriquecimiento sin causa han sido afrontados de tres maneras: la primera es a través de una técnica empírica casuística, propia del derecho romano; la segunda, atiende una técnica basada en el principio general, propia del derecho alemán: *quien por prestación de otro a costa de éste obtiene algo sin una causa jurídica está obligado a la restitución*; y, la tercera, propone una técnica mixta donde se combine la resolución por casos con el principio general para las situación que no estén cobijadas expresamente por una formula casuística.

Entre la *condictio* del derecho romano hay una en especial, *condictio* de prestación, que llama profundamente la atención para efectos del presente trabajo, porque señala que en los casos en los cuales se anula un contrato o se resuelve por el incumplimiento del mismo o se ejecutan prestaciones para conseguir la formalización de un contrato que nunca se celebra, hay lugar a un desplazamiento patrimonial en virtud de una prestación patrimonial de dar que se ve frustrada y genera el derecho a reclamar la restitución de lo concedido. Circunstancia semejante a la que ocurre cuando el juez declara nulo o inexistente el negocio jurídico sobre un predio entre víctima reclamante y opositor, y no se dice nada sobre el precio que el opositor pagó en virtud de ese negocio, pero sí se ordena la restitución del bien (Diez-Picazo, 1996).

Habiendo estudiado los requisitos del enriquecimiento sin causa, se entrará a estudiar si se configura esta figura en los casos bajo estudio o no.

Los casos 1 y 2 se analizarán juntos, porque ambos atienden a un mismo supuesto y es la celebración de un negocio jurídico entre las víctimas reclamantes y los opositores.

En ambos casos hay enriquecimiento porque, el señor Álvaro en el caso 1 en virtud de un acuerdo de voluntades recibe \$9.300.000 a cambio de su predio, y en el caso 2 la señora Carmen vende su parcela por \$15.000.000. También hay empobrecimiento porque los opositores hacen

un sacrificio patrimonial que beneficia a los reclamantes y luego en virtud de una orden judicial que deshace el negocio deben restituir el bien sin recibir nada cambio.

Ambos fallos ordenan que se declare la presunción del literal a, numeral 2 del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, la cual presume la falta de consentimiento o causa lícita y como consecuencia implica la inexistencia del negocio jurídico. En la figura de la inexistencia, según Edgar Ramírez Baquero, las prestaciones ejecutadas se consolidarán si dentro del término prescriptivo extintivo ninguno de los sujetos promueve gestión en procura del retorno de las cosas al estado anterior (2008).

Sin embargo, en los casos presentes sólo hay lugar al retorno del bien en virtud de la orden judicial proferida en ambos fallos, sin que haya lugar a la compensación por el dinero pagado por los predios, porque los opositores, según el tribunal, no son de buena fe. Esto no sucedería si se acoge la formulación aquí propuesta sobre buena fe simple, cuando de opositores víctimas o sujetos vulnerables se trate. Porque como se demostró en el acápite de la buena fe del presente trabajo, ambos opositores, tanto en el caso 1 como en el caso 2, son de buena fe simple, pues a pesar de conocer sobre la influencia del conflicto en la zona de ubicación del bien y saber que ambos reclamantes son desplazados, con el negocio de compraventa no buscaron obtener un provecho extraordinario o ilícito, que es lo que censura el Código Civil en su artículo 1525. De ahí que sí hubiese lugar a la compensación y con ello a la restauración de la equidad en un negocio jurídico que quedó sin causa en virtud de sentencia judicial, tal como sucede en los casos que el derecho romano llama “condictio” de prestación.

En el caso 3 no hubo negocio jurídico porque la señora Berlides jamás firmó la escritura de compraventa y el señor opositor tampoco pagó ningún precio por el predio en cuestión, lo que sucedió fue que éste último se vio compelido a efectuar un cambio de predio. Sin embargo, desde el año 1998 el señor Manuel viene ejerciendo actos de señor y dueño sobre el predio que reclama en restitución la señora Berlides y como consecuencia de sus actos ha explotado el bien cultivando plátano, papaya, coco y naranja.

En el caso 4 la opositora arribó a la casa de propiedad del señor Miguel por necesidad e

indefensión. La casa estaba abandonada y ella desplazada con 4 hijos menores a cargo. Allí encontró un refugio el cual habitó por más de 10 años. Como se indica en los interrogatorios de parte, la señora Ruth limpió la casa, pago los servicios y la conservó durante su estadía, también reconoció siempre un dominio ajeno sobre la casa. Lo anterior lleva a concluir que la señora Ruth fue tenedora por 10 años de la casa del señor Miguel y durante esos 10 años llevó a cabo mejoras necesarias y útiles sobre el bien.

El tribunal no concedió compensación a favor del señor Manuel y la señora Ruth por no haber probado su buena fe exenta de culpa. Sin embargo, si a estos opositores se le aplica la buena fe que se propone en este trabajo cuando de opositores víctimas o sujetos vulnerables se trate, se tendrá que sí son de buena fe. En el caso 3, si bien el opositor contribuyó al despojo con su actuación, estaba en un estado de indefensión que no le permitía tomar una decisión libre y consciente. Y en el caso 4 la opositora no se aprovechó ilícitamente de la tenencia de la casa del reclamante. Ella reconocía el dominio ajeno y encontró en esa casa un lugar donde cesó su condición de mujer desplazada con 4 menores a cargo. Los opositores por el sólo hecho de su buena fe simple no tienen derecho al predio, pero sí tendrían derecho a la compensación a título de mejoras necesarias y útiles realizadas sobre cada bien.

Según el artículo 966 del Código Civil: “El poseedor de buena fe, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda. Solo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa. [...]”. El valor venal de la cosa es el valor de compra de un bien usado. En ese orden de ideas, el valor de la parcela usada por la señora Berlides, en el caso 3, se vio aumentado por los cultivos que el opositor plantó, pues un suelo que antes estaba destinado a pastoreo, ahora es una pequeña despensa de alimentos. De ahí, que el señor Manuel tenga derecho a que se le reconozcan las mejoras realizadas sobre el predio.

La señora Ruth es una mera tenedora. Al arrendatario, que es un tenedor, por mandato del artículo 860 del Código Civil no se le reconocen las mejoras voluntarias, pero no hay prohibición expresa para que se le reconozcan otro tipo de mejoras. El usuario y habitador que son también tenedores en virtud del artículo 877 del Código Civil deben usar de los objetos

comprendidos en sus respectivos derechos, con la moderación y cuidados propios de un buen padre de familia; y están obligados a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporten. Esta última obligación de contribuir a la conservación de la cosa no se extiende al uso o a la habitación que se dan caritativamente a las personas necesitadas. El caso resulta *sui generis* porque aquí no hay consentimiento del señor Miguel, propietario, para que la señora Ruth habite la casa. Él la dejó abandonada y en todos esos años no volvió ni siquiera a revisar el bien, pues de ser así se hubiera dado cuenta que estaba siendo habitado por otra persona.

En todo caso, una cosa si es cierta: el valor de la casa del señor Miguel no se vino a menos por el abandono en que éste la dejó y ello sucedió porque la señora Ruth, incluso siendo una persona necesitada, cuidó la casa, la mantuvo y pago las cuentas con su esfuerzo. Realizando las mejoras útiles y necesarias que cualquier bien común y corriente requiere en el lapso de 10 años. Como ninguna norma prohíbe expresamente que se reconozcan estas mejoras a los tenedores dentro del régimen del Código Civil, ello le daría lugar, a la opositora, al reconocimiento de las mismas.

Adicionalmente si se mira el caso desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa, la señora Berlides estaría recibiendo un predio trabajado por un agricultor por más de 15 años, con unos cultivos productivos que antes no tenía. Esos cultivos no tienen causa para pasar al patrimonio de la señora Berlides sin más, de manera que la justicia conmutativa del negocio indica, que deben restituirse al opositor, y como la restitución *in natura* no es posible, deberá pagarse el equivalente en dinero.

El estudio del caso 4 bajo la teoría del enriquecimiento sin causa da un resultado semejante al anterior, porque el señor Miguel está recibiendo una casa en buenas condiciones, cuando ello no hubiese sido así, si no hubiera sido por el trabajo de la señora Ruth, pues las cosas se deterioran con el abandono. Y la señora Ruth por ser una persona necesitada y tenedora de cosa ajena, en virtud del artículo 877 del Código Civil no está obligada a contribuir a las expensas ordinarias de conservación del bien. Así, el buen estado de la casa no tiene causa para pasar al patrimonio del señor Miguel sin reconocer un pago por el trabajo que ha desplegado la opositora, porque el

valor del inmueble depende del cuidado que se le dé y no sería el mismo si hubiera durado abandonado durante 10 años.

Por último, hay que acotar que en el caso 4, el tribunal, a pesar de no conceder la compensación a favor de la opositora, como la opositora también fue víctima del desplazamiento forzado y ocupó la casa por un lapso de 10 años, ordena su reubicación a una vivienda digna y, adicionalmente, le ordena a la Alcaldía de Cúcuta que le transfiera un bien fiscal equivalente al que es objeto de restitución. Lo anterior, no se justifica en ninguna causa jurídica más que en el hecho que la opositora también es víctima del desplazamiento. La solución que arriba se plantea sobre el reconocimiento de mejoras a la opositora por ser de buena fe, sí tiene un fundamento jurídico y evitaría que los jueces ordenen, a su arbitrio, en unos casos esta cantidad de beneficios y en otros no (Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, 2014).

El análisis anterior, da razón a la necesidad de aliviar la causa de la compensación. Porque si la compensación atiende a la buena fe exenta de culpa del opositor, que como se demostró en páginas anteriores resulta casi imposible de probar, mientras que si atendiera al concepto que aquí se plantea de buena fe, como una buena fe simple, que no dependa del conocimiento del conflicto, sino del provecho ordinario y lícito que se haya sacado del negocio, si habría lugar a la compensación y con ello a mantener la justicia conmutativa de los negocios jurídicos que se realizan, sin que unos se enriquezcan injustificadamente a causa del detrimento patrimonial de otros, por el hecho de ser víctimas y haber transferido derechos reales a terceros durante la época de la violencia.

3.5 Conclusiones

La teoría clásica de la carga de la prueba señala que es al actor y al demandado que excepciona a quienes les incumbe probar los hechos que cada uno afirma, es decir, en los que basa su intención. El demandado al excepcionar se convierte en actor, incluso cuando niega, porque la negación implica la afirmación de otro hecho que debe probar. Por esta razón no todas las negaciones están exentas de pruebas, sino solamente cuando se trata de negaciones indefinidas (Devis, 2012).

Así, si el actor no prueba sus afirmaciones se tendrá la absolución del demandado, pero si el actor demuestra sus afirmaciones y el demandado no demuestra los hechos que fundamentan sus excepciones, se condena al demandado.

La carga de la prueba tiene dos caras: por una parte, es una regla para el juez, porque le indica cómo fallar cuando un hecho u afirmación que le corresponde a una parte no se prueba. Así, la parte que debía probar su intención y no la probó asume el riesgo y las consecuencias de que tal afirmación o hecho no se encuentren probados. De otro lado, es una regla de conducta para las partes porque les indica cuáles son los hechos que le interesa a cada una probar dentro del proceso (Devis, 2012).

La carga de la prueba está íntimamente relacionada con la igualdad de las partes, porque busca darles una adecuada oportunidad y una pauta para la defensa de sus derechos. Se cita la siguiente nota:

En cuando al aspecto distributivo de la falta de la prueba, su fundamento es difícil de explicar. Estima CHIOVENDA que no es fácil dar una justificación racional, absoluta y general de la carga de la prueba, y que no puede decirse a priori que sea rigurosamente lógica y justa, porque podría afirmarse que lo sería más exigirle al actor la prueba tanto de la existencia de hechos impositivos o extintivos como de los constitutivos. Rechaza, sin embargo, la segunda opinión, porque sería exigirle demasiado al demandante y podría equivaler, a menudo, a negarle sin motivo alguno la protección jurídica. Y concluye: “Por consiguiente, es, sobre todo, una razón de oportunidad la que obliga a distribuir la carga de la prueba. Pero existe, además, para hacerlo, un principio de justicia distributivo: el principio de igualdad de las partes” (Devis, 2012, p. 431).

La carga de la prueba sufre variaciones. Está por un lado la inversión de la carga de la prueba, que implica que quien por regla general debe probar, no prueba sino que quien prueba, es la otra parte. Esta regla tiene lugar cuando, la parte a quien en principio le correspondería probar, hace negaciones sustanciales o formales indefinidas de hecho, por ejemplo, quien dice “en mi predio no existe petróleo” no debe probar que no existe petróleo, sino que la contraparte es quien debe entrar a probar que si existe petróleo en el predio. Por otro lado, está el relevo de la carga de la prueba, sucede cuando estamos en presencia de hechos notorios y de presunciones, como se

explicó en el acápite correspondiente.

Por último, se ha acuñado la figura de la carga dinámica de la prueba. Ella abarca las excepciones a la concepción individualista de la carga de la prueba, que señala que cada quien debe probar lo que le interesa dentro del proceso. La carga dinámica de la prueba implica la redistribución de la carga probatoria a aquel que está en mejores condiciones de probar, sin atender a su interés dentro del proceso. El fin de la redistribución de la carga probatoria, atiende sobre todo al principio de solidaridad y de consecución de la verdad material y contribuye a evitar la prueba diabólica o de imposible consecución para una de las partes (Giacomette, 2013).

Ahora bien, existiendo claridad sobre la concepción de la carga de la prueba y sus implicaciones, es pertinente extrapolarla a los casos de restitución de tierras regulados por la Ley 1448 de 2011.

Resulta interesante hacer el ejercicio de qué debería probar cada sujeto dentro del proceso para demostrar su pretensión en un régimen normal, sin atender a la Ley 1448 de 2011, para luego revisar cómo sería el mismo supuesto bajo la Ley.

En este orden de ideas, en un proceso general, ordinario, el reclamante para obtener la restitución del predio debe centrarse en probar que: 1) es víctima del conflicto; 2) fue despojado o se vio obligado a abandonar el predio; 3) el motivo del abandono o despojo del predio fue la violencia generada por el conflicto armado; 4) la fecha en que abandonó el predio o fue despojado coincide con la época dentro de la cual se circunscribe el conflicto armado; 5) sobre el predio en reclamo ejercía un derecho real, legítimo; y, 6) las circunstancias por las cuales no ha podido retornar al predio.

Si al proceso se presenta opositor, el opositor deberá demostrar a su favor que: 1) adquirió o entró a ocupar o poseer el predio de manera legítima y respecto de lo manifestado por el reclamante podrá probar, según las circunstancias del caso, que: 1) no es el actor del despojo de la víctima; 2) la víctima reclamante no es víctima; 3) tiene un mejor derecho sobre el predio, si es que a ello hay lugar; 4) No se aprovechó de la violencia para defraudar o perjudicar a la

víctima.

A su vez, la víctima puede pronunciarse sobre lo manifestado y las pruebas que introduzca el opositor, en virtud de la figura del traslado de la demanda.

Lo anterior, pensando en un proceso general, sin atener al carácter especial que imprime en el proceso de restitución de tierras la Ley 1448 de 2011.

La Ley 1448 de 2011 consagra una serie de excepciones al régimen general de carga de la prueba. En primer lugar mediante el artículo 5 el Estado presume la buena fe de las víctimas y señala que: “La víctima podrá acreditar el daño sufrido, por cualquier medio legalmente aceptado. En consecuencia, bastará a la víctima probar de manera sumaria el daño sufrido ante la autoridad administrativa, para que ésta proceda a relevarla de la carga de la prueba”. Según el artículo 98 sólo se pagará compensaciones a los opositores que hayan demostrado su buena fe exenta de culpa dentro del proceso, de lo contrario el derecho se perderá absolutamente. El artículo 78 señala que: “Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución”. El artículo 77 por su parte comprende una cantidad de presunciones a favor de la víctima y en perjuicio del opositor, en virtud de las cuales, se pretende que si los hechos base de la presunción se demuestran dentro del proceso, se declare la inexistencia del negocio jurídico entre víctima y opositor por falta de consentimiento y causa ilícita. Por último el artículo 105, dentro de las funciones de la Unidad de Restitución de Tierras, comprende: tramitar ante las autoridades competentes los procesos de restitución de predios de los despojados o de formalización de predios abandonados en nombre de los titulares de la acción.

Como se observa, el régimen de la Ley 1448 de 2011 está encaminado a favorecer a toda costa a la víctima sacrificando la defensa del opositor. Lo que se ha propuesto en el presente trabajo, justamente es aliviarle la carga al opositor para que pueda defender sus derechos dentro de un proceso más equitativo y no tan inclinado hacia una de las partes. La misma exposición de

motivos de la Ley, deja clara su orientación y posición al respecto:

En circunstancias tan irregulares y masivas, la posibilidad de la restitución depende de diseñar un sistema de justicia transicional capaz de restablecer los derechos usurpados por violencia, y para lograrlo requiere contar con normas excepcionales, adecuadas a las modalidades del despojo, que den prelación a los derechos perdidos, aunque cuenten con pruebas precarias y una gran debilidad de defensa legal (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Así las cosas, bajo este régimen, al reclamante le corresponde probar: 1) su calidad de víctima; 2) su relación jurídica con el predio en reclamo; 3) el daño sufrido en relación con el predio; 4) el nexo entre el daño y su calidad de víctima.

En virtud de los artículos anteriores el reclamante tiene dos ventajas: la primera, que la calidad de víctima la puede probar por cualquier medio legalmente aceptado, sin necesidad de contradicción, pues se entiende que es prueba sumaria; y, la segunda, atiende al hecho que se presuma su buena fe, de ahí que su propia declaración sobre los hechos que lo constituyeron en víctima se tenga por cierta. Por último, se instaure la coadyuvancia de la Unidad de Restitución de Tierras, quien es la que se encarga de llevar a cabo la defensa técnica en el proceso de la víctima reclamante.

Los opositores por el contrario, deben probar: 1) un mejor derecho o un justo título sobre el predio, lo que se dificulta sobre todo en las relaciones jurídico negociales entre campesinos, donde en muchos casos no hay ni siquiera título e impera la informalidad; 2) su buena fe exenta de culpa, para ser merecedores de la compensación y no perder del todo el derecho; 3) tachar, si así lo consideran, la calidad de víctima del reclamante aportando pruebas pertinentes para desvirtuar el dicho de la víctima, que la Ley da por cierto, al presumir su buena fe; 4) desacreditar los hechos base de las presunciones del artículo 77 de la Ley o desacreditar que en el caso concreto la presunción pueda seguirse de los hechos base para que no se apliquen las consecuencias del artículo 77.

Del ejercicio comparativo anterior, puede concluirse, que la Ley 1448 de 2011 aligera la carga de la prueba de la víctima reclamante, pero a su vez, hace más onerosa la carga de la

prueba del opositor. Lo anterior tiene serias repercusiones en el proceso, no sólo por la desigualdad que se genera, sino también porque la consecuencia de no cumplir con la carga de la prueba asignada a una determinada parte, es que dicha parte asume el riesgo procesal de que ese hecho no se haya probado o se haya probado deficientemente.

El presente trabajo no busca deslegitimar las razones de la Ley 1448 de 2011 para darle un tratamiento prioritario a la víctima. Al contrario, comparte la concepción de la Ley de Restitución sobre la necesidad de fortalecer la defensa de las víctimas reclamantes en el proceso, más aún cuando es una Ley que tiene lugar en un contexto de conflicto armado donde imperó el despojo y el desplazamiento forzado a través de la violencia. “Más de 750.000 hogares campesinos fueron desplazados por la fuerza de sus tierras en las últimas dos décadas, de los cuales 460.000 abandonaron un poco más de 3.000.000 de hectáreas.” (Exposición de motivos Ley 1448 de 2011, 2010).

Sin embargo, lo que se busca poner de presente, es la desventaja en la cual se encuentra un opositor que es víctima o sujeto vulnerable de especial protección bajo la Ley 1448 de 2011 en relación con la víctima reclamante.

Como se observó en el capítulo 1 del presente trabajo, cuando en el plano del proceso se enfrenta una víctima reclamante a un opositor víctima o sujeto vulnerable de especial protección, los enunciados activistas y publicistas deben limitarse, para acoger algunas de las propuestas exaltadas por los garantistas que están previstas para crear y mantener un ambiente de igualdad formal, donde en el proceso ambas partes, cuenten con igualdad de herramientas procesales para actuar, defenderse y ser oídos, sin que sobre unos recaiga el favor de la Ley. Con este objetivo se ha propuesto aliviar el sistema de presunciones y de buena fe exenta de culpa, para lograr una mayor paridad, que de todas formas no será absoluta como propone la corriente garantista, porque la Ley 1448 de 2011 precisamente busca intervenir a favor de la víctima para suspender la cadena de victimización, pero que sí alivia la carga del opositor e invita al juez a evitar su absoluta discrecionalidad. Entre partes iguales, es decir, personas que deben tener ambas una especial protección por su grado de vulnerabilidad, rompe esa igualdad el hecho que la Ley tenga ciertas exenciones con una parte, que la colocan en una ventaja procesal y probatoria

respecto de la otra. Suprimiendo por completo la igualdad formal, o sea la igualdad de las partes dentro del proceso.

4. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTICULADO DE LA LEY 1448 DE 2011, CON EL PROPÓSITO DE CREAR UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LOS CASOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DONDE HAYA ENFRENTAMIENTO ENTRE RECLAMANTE VÍCTIMA Y OPOSITOR VÍCTIMA O SUJETO VULNERABLE, DE ESPECIAL PROTECCIÓN

El presente trabajo se basa en el análisis concreto de cuatro casos para a partir de ellos plantear los cuestionamientos a la Ley 1448 de 2011. Específicamente los opositores víctimas o sujetos vulnerables de los cuatro casos se vieron directamente afectados por la aplicación del tribunal de los artículos 88 y 77 en las presunciones del numeral 2, literales a, b y d. De ahí, que sean éstas y no otras, las disposiciones que se modifiquen porque se han discutido y argumentado sus falencias a lo largo del presente trabajo, sustentándose la necesidad de un régimen especial.

Lo anterior no implica, que no se encuentren más falencias en la Ley que ameriten una modificación. Sin embargo, este trabajo se limita a su objeto que es el análisis de los cuatro casos expuestos y la normatividad que en ellos aplicaron los tribunales.

4.1 Buena fe

Artículo 88. Se le adicionará el siguiente párrafo:

Parágrafo: Cuando se trate de un opositor víctima o sujeto vulnerable, de especial protección por el Estado, el juez deberá aplicar la buena fe simple. Hay buena fe simple cuando el opositor persigue un provecho ordinario, entendido como el común que se tiene en todo negocio y no un provecho extraordinario generado por la situación de conflicto o la vulnerabilidad del reclamante. La circunstancia de conocer el conflicto armado que afecta al reclamante no vicia por sí misma la existencia de buena fe simple en el opositor.

En estos casos se aplicarán las reglas de compensación señaladas en los artículos 91, 98 y 105, numeral 6.

4.2 Presunciones

Artículo 77. Se le adicionará el siguiente párrafo:

Parágrafo: Cuando se trate de un opositor víctima o sujeto vulnerable, de especial protección por el Estado, en los supuestos de los literales a, b y d del numeral 2, se aplicarán las siguientes reglas.

En el caso del literal a, si el opositor demuestra que no se aprovechó del contexto de violencia y se establece que la causa determinante para que la víctima celebrará el negocio jurídico fue diferente a la existencia del conflicto, el juez deberá declarar el régimen de compensación al opositor. En caso que el opositor no logre probar ambos supuestos se tendrá como un indicio grave en su contra.

En el caso de literal b, si el opositor demuestra que no es el autor del cambio del uso del suelo o de la concentración en la colindancia del predio a restituir, el juez deberá aplicar el régimen de compensación al opositor. En caso que el opositor no logre probar el supuesto se tendrá como un indicio grave en su contra.

En el caso del literal d, si el opositor demuestra que pagó el precio del mercado por el predio acorde a ese momento y en esas circunstancias de conflicto y, adicionalmente, que persiguió un provecho ordinario en el negocio jurídico, entendido como el común y no el tendiente a obtener una ventaja desproporcionada con intenciones de fraude o mala fe, el juez deberá aplicar el régimen de compensación al opositor. En caso que el opositor no logre probar ambos supuestos se tendrá como un indicio grave en su contra.

REFERENCIAS

Bibliográficas

Agencia Prensa Rural (2010, 14 de septiembre), "Exposición de Motivos Ley 1448 de 2011" [en línea], disponible en: <http://prensarural.org/spip/spip.php?article4582>, recuperado: 3 de febrero de 2015.

Azula, J. (1998). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Temis.

Balanta, M. P. (2013). Justicia Material en Términos de Flexibilidad Probatoria. En U. Libre, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 1097-1122). Bogotá: Universidad Libre.

Calvinho, G. (2010). Los Derechos Humanos en la Teoría del Proceso. En *Derecho Procesal del Siglo XXI* (págs. 37-76). Lima: San Marcos de Aníbal Paredes Galván.

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. (2007). *Recomendación de criterios de reparación y de proporcionalidad restaurativa*. Bogotá: CNRR.

Devis, H. (1962). *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Vol. II). Bogotá: Temis.

Devis, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal Civil* (Vol. I). Bogotá: Temis- Pontificia Universidad Javeriana.

Devis, H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Vol. I). Bogotá: Temis.

Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Vol. I). Madrid: Civitas.

Giacomette, A. (2013). *Teoría General de la Prueba*. Bogotá: Dike.

Hernández, G. (2013). Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal. En U. Libre, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 887-941). Bogotá: Universidad Libre.

Junoy, J. P. (2006). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. En M. Aroca, *Proceso Civil e Ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (págs. 109-127). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos. (9-27 de julio de 2007). Observación General No. 32. Ginebra.

Neme, M. L. (2009). "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva", en *Derecho Privado Externado*, núm. 17, pp.45-76.

Neme, M. (2010). *La Buena Fe en el Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado.

Peláez, H. (2015). "Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia", en *Estudios Socio Jurídico*, núm 17, pp. 125-168.

Ramírez, É. (2008). *La ineficacia en el negocio jurídico*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Rocha, A. (2013). *De la Prueba en Derecho*. Bogotá: Ibañez.

Valencia, H. (2008), "Introducción a la justicia transicional", en *Claves de razón pública*, núm 180, pp. 76-82.

Leyes y sentencias

Colombia (1982). Código Civil. Bogotá: Leyer.

Colombia. Congreso de la República. (10 de junio de 2011). Ley 1448 de junio 10 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Legis.

Colombia (1991). Constitución Política. Bogotá: Legis.

Colombia. Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (2015). *Acuerdo 21*, por el cual se deroga el Acuerdo 18 de 2014 y se establece el reglamento para el cumplimiento de las providencias y medidas que ordenen la atención a los segundos ocupantes dentro del marco de la acción de restitución. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional (2002), "Sentencia C 1007", M.P.: Clara Inés Vargas.

Colombia. Corte Constitucional (2006), "Sentencia T 585", M.P.: Marco Gerardo Monroy

Colombia. Corte Constitucional (2006), "Sentencia T 1040", M.P.: Humberto Antonio Sierra.

Colombia. Corte Constitucional (2010), "Sentencia T 495", M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

Colombia. Corte Constitucional (2013), "Sentencia T 736", M.P.: Alberto Rojas.

Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (19 de Mayo de 2010), "Sentencia 33529", M.P.: Julio Enrique Socha.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia (23 de abril de 2014), "Sentencia

2013-00018-00", M.P.: Juan Pablo Suárez.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena (11 de febrero de 2014), "Sentencia 2013-00023-00", M.P.: Laura Elena Cantillo.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (25 de febrero de 2014), "Sentencia 2013-00086-00", M.P.: Amanda Janneth Sánchez.

Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (27 de mayo de 2014), "Sentencia 2013-00093-00", M.P.: Julián Sosa.